



تألف قل لعبداد الحاج السكيد تعى الطباطها في العشم في منع عنه



اسم الكتاب: مبانى منهاج الصالحين الناشر: منشورات قلم الشرق عددالنسخ: ١٠٠٠ نسخه تاريخ النشر: ٢٠٠٥ م-١٤٢٦ هـ الطبعة الاولى المطبعة نهضت

ISBN: 964 - 94670 - 6 - 8

بسسوأله آلزمز آلتحثير

كتاب اللقطة

وهى المال الضايع الذي لايد لاحد عليه المجهول مالكه . (مسألة ١) : الضائع اما انسان أوحيوان أوغيرهما من الاموال: والاول يسمى لقيطاو الثاني يسمى ضالة والثالث يسمى لقطة بالمعنى الاخص .

(مسألة ٢) : لقيط دارالاسلام محكوم بحريته (١

۱) قال في الجواهر : « الملقوط في دار الاسلام يحكم باسلامه ولو ملكها
 اهــل الكفر اذا كان فيها مسلم نظراً الــى الاحتمال وان بعد تغليباً لحكم الاسلام
 الذي يعلو ولا يعلى عليه » (* ۱) .

الكلام يقع تارة في أنه محكوم بالاسلام أم لا؟ واخرى في أنه يجوزاسترقاقه أو لا يجوز ويحكم بحرمته أما الكلام من الناحية الاولى فنقول: يشكل الحكم بكونه مسلماً بمجرد الاحتمال فان هذا الحكم يحتاج السى دليل شرعي ومقتضى الأصل عدم كونه مسلماً اذ تولده مسن المسلم غير معلوم كى يحكم عليه بالاسلام

١) جواهر الكلام ج ٣٨ ص: ١٨١

بالتبعية ولايترتب أثر على اظهار هالاسلام حيث حكم عليه بأن عمده وخطائه واحد في النص (* ١) .

ومقتضى الاطلاقانه لايترتب على قوله وفعله أثروان عمده يعتبر خطاء أوحمل الرواية على خصوص الدية لاوجه له ، ان قلت : كيف قبل اسلام علي عليه السلام قبل البلوغ ؟ قلت: هومن خواص الامامة المختصة به وامثاله من بقية الائمة وأمثالهم كعيسى ويحبى وأضرابهما وعن مجمع البرهان _ كما في الجواهر _ نفي البعد عن اسلام غير المراهق اذا تكلم بكلمة الشهادة والتوحيد والرسالة واستدل عليه « بعموم مادل على اسلام من قال كلمة الشهادتين وقاتلوهم حتى يقولوا لااله الااللة وانهم اذا قدروا على الاستقلال أمكن أن يكسون واجباً عليهم لان دليل وجوب المعرفة عقلي ولا استثناء في الأدلة المقلية فلا يبعد تكليفهم بل يمكن أن يجبذلك واذا وجب صح » الخ (* ٢).

ولا يخفى ضعف هذه الادلة فان هذا النحو من الاستدلال اجتهاد في مقابل النص اذ قلنا ان مقتضى النص سقوط فعله _ومنه قوله _ عن الاعتبار وأيضاً قد نص على سقوط التكليف عنه حتى يبلغ لاحظ ما رواه عمار الساباطي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة قال: اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم والجارية مثل ذلك ان أتى لها شلاث عشره سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم عليها الصلاة وجرى عليها القلم (* ٣).

وصفوة القول: انه لادليل على الحكم بكونه مسلماً ولعل هذا الذي ذكرنا

١) الوسائل الباب ١١ من أبواب العاقلة الحديث : ٢

۲) جواهر الكلام ج ۳۸ ص : ۱۸۲

٣) الوسائل الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات الحديث: ١٢

وكذا دارالكفر اذاكان فيها مسلم أوذمي يمكن تولده منه(١

هو الوجه في عدم حكم الماتن باسلامه فالنتيجة : ان اللقيط لايحكم باسلامه .

وأما الكلام من الناحية الثانية فيمكن أن يقال: ان الوجه في الحكم عليه بالحرية منجهة ان الرقية تحتاج الى الدليل ومعالشك فيها يحكم بعدمهاو بعبارة اخرى: الحر الانسان الذي لايكون مملوكاً لاحد وحيث ان مقتضى الاصل عدم رقيته فهو حر فلا مجال لان يقال: ان نفى احد الضدين لايثبت الضد الاخر الاعلى القول بالاثبات الذي لانقول به فلاحظ.

١) الكلام فيه بعينه هو الكلام فانه لاسبيل الى استرقاقه لاحتمال كونهمتواداً
 من المسلم أو الذمي فلا دليل على دخوله فيمن يجوز استرقاقه وأيضاً لاطريق الى
 اثبات اسلامه .

ولايخفى ان قوله عليه السلام الاسلام بعلو ولا يعلى عليه (*1)، لا يدل على المدعى فان الرواية ضعيفة اولا بالارسال وثانياً: انه لا يبعد أن يكون المراد به ان الاسلام ببراهينه يعلو فلا يرتبط بالمقام وان أبيت فلااقل من الاجمال وصفوة الكلام ان هذه الرواية لا تكون في مقام اثبات اسلام من يشك في اسلامه.

واما احبار الفطرة فهى لاتدل على المدعى بل المستفاد منها ان المولود بفطرته الاولية يقبل الاسلام وأما الحكم باسلام الشخص وترتيب آثاره عليه فليس في هذه الاخبار تعرض بالنسبة اليه لاحظ ما رواه هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: التوحيد (*٢).

وما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن قوله عزوجل : « فطرة الله التي فطر الناس عليها » ما تلك الفطرة ؟ قال : هي الاسلام

١) الوسائل الباب ١ من أبواب موانع الارث الحديث ١١

٢) الأصول من الكافي ج ٢ ص : ١٦ باب فطرة الخلق على التوحيد الحديث : ١

فطرهم الله حين أخد ميثاقهم على التوحيد قدال: ألست بربكم وفيه المؤمن والكافر (* ١) .

وما رواه زرارة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن قول الله عزوجل: « فطرة الله التي فطر الناس عليها » قال: فطرهم جميعاً على التوحيد (* ٢).

وما رواه أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن قوله عزوجل: «حنفاء لله غير مشركين به » قال: الحنيفية من الفطرة التي فطر الله الناس عليها لاتبديل لخلق الله قال: فطرهم على المعرفة به قال: زرارة: وسألته عن قول الله عزوجل: « واذ أخذ ربك من بني آدم من ظهورهم ذريتهم وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى » الاية قال: اخرج من ظهر آدم ذريته الى يوم القيامة فخرجوا كالذر فعرفهم وأراهم نفسه ولولا ذلك لسم يعرف أحد ربه وقال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: كل مولود يولد على الفطرة يعني المعرفة بأن الله عزوجل خالفه كذلك قوله « ولئن سألتهم من خلق السماوات والارض ليقولن عزوجل خالفه كذلك قوله « ولئن سألتهم من خلق السماوات والارض ليقولن

وما رواه محمد الحلبي عـن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزوجل : « فطرة الله التي فطر الناس عليها » قال : فطرهم على التوحيد (*٤) .

نعم لايبعد ــ كما في الجواهر ــ ان مقتضى السيرة الحكم باسلام الطفل في بلاد الاسلام الغالب فيها المسلمون فلاحظ .

أضف الى ذلك انجملة من النصوص قد دلت على عدم جو از استرقاق اللقيط وفي

١) نفس المصدر الحديث: ٢

٧) نفس المصدر الحديث: ٣

٣) نفس المصدر الحديث: ٤

٤) نفس المصدر ص: ١٣ حديث: ٥

واقيط دارالكفراذا لم يكن فيها مسلم أوذمي يمكن تولده منه هجوزاسترقاقه (۱ ووارث الاولالامام اذا لم يكن له وارث (آوكذلك

بعضها حكم على كونه حراً لاحظ ما رواه زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الملتبط لايشترى ولايباع (* ١) .

وما رواة حاتم بن اسماعيل المدايني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: المنبوذ حرفان أحب أن يوالي غير الذي رباه والاه فان طلب منه الذي رباه النفقة وكان مؤسراً رد عليه وان كان معسراً كان ما أنفق عليه صدقة (* ٢).

ومــا رواه عبد الرحمن العزرمي عن أبــي عبدالله عليه السلام عن أبيه قال : المنبوذ حرفا ذاكبر فان شاء توالي الى الذي التقطه والافليرد عليه النفقة وليذهب فليوال من شاء (* ٣) .

وما رواه محمد بن أحمد قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن اللقيطة فقال لاتباع ولا تشترى ولكن تسخدمها بما أنفقت عليها (* ٤) وما رواه محمد بسن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقيط فقال: حرلايباع ولا يوهب (*ه))كما هو ظاهر اذكونه كافراً لااشكال فيه فيجوز استرقاقه.

۲) اذ الامام طيه السلام وارث من لاوارث له بالاجماع والنص لاحظ مارواه
 ابان بن تغلب عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يموت ولا وارث له ولامولى
 قال: هو من اهل هذه الاية: « يسألونك عن الانفال » (* ٢).

١) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب اللقطة الحديث ١

٢) نفس المصدر الحديث: ٢

٣) نفس المصدر الحديث: ٣

٤) نفس المصدر الحديث : ٤

ه) نفس المصدر الحديث : ه

٦) الوسائل الباب ١ من ابواب الانفال الحديث : ١٤

وما رواه حماد بن عيسى مرسلا عن العبد الصالح عليه السلام في حديث قال وللامام صفو المال الى أن قال : « وهو وارث من لاوارث له يعول من لاحيلة له (* ١) .

وما رواه اسحاق بن عمار قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن الانفال الى أن قال: « ومن مات وليس له مولى فماله من الانفال » (* ٢).

١) لانه وارثه والذي يعقله هو الذي يرثه صرح بذلك في الجواهر في هذا
 المقام وتفصيل الكلام من هذه الجهة موكول إلى محله .

٢) لجواز اقرار العقلاء على أنفسهم لاحظ مــا رواه عبدالله بن سنان قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: كان علي بن أبي طالب عليه السلام يقول: الناس كلهم أحرار الامن أقر على نفسه بالعبودية وهو مدرك من عبد أو أمة ومن شهد عليه بالرق صغيراً كان أو كبيراً (* ٣).

وما رواه الفضل قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل حر أقر انه عبد قال : يؤخذ بما أقر به (* ٤) .

وما رواه محمد بن الفضل الهاشمي قال: قلت: لابي عبدالله عليه السلام: رجل حر أقر انه عبد فقال أبو عبدالله عليه السلام: يأخذه بما قال أو يؤدي المال (*٥).

وما رواه اسماعيل بن الفضل قال: قلت لابيعبدالله عليه السلام: حر أقر على

١) نفس المصدر الحديث: ٤

٢) نفس المصدر الحديث : ٢٠

٣) الوسائل الباب ٢٩ من أبواب العتق الحديث: ١

٤) نفس المصدر الحديث: ٢

ه) نفس المصدر الحديث: ٣

كتاب اللفطة _____

(مسألة ٣): اخذ اللقيط واجب على الكفايـة اذا توقف عليه جفظه (١

نفسه بالعبودية استعبده على ذلك ؟ قال : هو عبد اذا أقر على نفسه (* ١).

وما روى جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال : اقرار العقلاء على انفسهم جايز (* ٢) .

١) لوجوب مقدمة الواجب و الوجه في وجوب أخذه وحفظه ان النفس المحترمة يجب حفظها و اللقيط مع ثبوت اسلامه لااشكال في حرمة نفسه و أما مع عدم كونه محكوماً بالاسلام فحيث انه قبل البلوغ لا يكون داخلا في عنوان الحربي فلا يترتب عليه حكمه .

وان شئت قلت: ان المستفاد من جملة من النصوص احترام اطفال الكفار قبل البلوغ فيجب حفظها لاحظ ما رواه حفص بن غياث في حديث انه سأل أباعبدالله عليه السلام عن النساء كيف سقطت الجزية منهن ورفعت عنهن؟ قال: فقال: لأن رسول الله صلى الله عليه وآله نهى عن قتل النساء والولدان في دار الحرب الا أن يقاتلن فان قاتلن «قاتلت » أيضاً فأمسك عنها ما أمكنك ولم تخف خلا «حالا خل» فلما نهى عن قتلهن في دار الحرب كان «ذلك» في دار الاسلام أولى ولو امتنعت أن تؤدي الجزية لم يمكن قتلها فلما لم يمكن قتلها رفعت الجزية عنها ولو امتنع الرجال عن «منع الرجال فأبوا أن » يؤدوا الجزية كانوا ناقضين للمهد وحلت دماؤهم وقتلهم لأن قتل الرجال مباح في دار الشرك وكذلك المقعد من أهل ائذمة والأعمى والشيخ الفاني والمرأة والولدان في أرض الحرب فمن اجل ذلك رفعت عنهم الجزية (*٣)).

١) نفس المصدر الحديث ٥

٧) الوسائل الباب ٣ من أبواب الاقرار الحديث: ٧

٣) الوسائل الباب ١٨ من ابواب جهاد العدو الحديث : ١

(مسألة ٤): ما كان في يداللقيط من مال محكوم بأنه ملكه (٤.

وما رواه السكوني عن جعفر عن ابيه عن آبائه عليهم السلام ان النبي صلى الله عليه و آله قال: اقتلوا المشركين واستحيوا شيوخهم وصبيانهم (*١) وصفوة القول انه يجب حفظ النفس المحترمة .

١) لسبقه واقدامه على الواجب كفاية ولولا الحكم بالاحقية يلزم التشاجربين
 الأفراد والنزاع لاستواء الحق وعدم ترجيح لاحد على غيره .

٢)كما لو كان والده أو جده وكما لو كان قيماً أو وصياً .

٣)كما هو ظاهر.

٤) نقلعن المسبوط عدم الخلاف فيه واستدلعليه في بعض كلام الأصحاب بأنه بعد الحكم بحرمة الطفل يحكم بكون ما في يده ملكاً له لأن له الأهلية وقال في الجواهر _ في هذا المقام _ : «ان هذا الحكم لا يخلو من اشكال لولا الاجماع» والذي يختلج بالبال ان ما أفاده في محله فان اثبات المدعى بغير الاجماع في غاية الاشكال اذ الملكية تحتاج الى سبب و المفروض ان فعل الصبي سيماغير المميز لابترتب عليه الأثر .

وبعبارة: اخرى: هو مسلوب الاختيار وعمده خطأ هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان مقتضى الأصل عدم تحقق كونه مالكاً فلا دليل على الملكية الا أن يقال بأن البد امارة على الملكية على الاطلاق والخارج يحتاج الى الدليل ولولاها لما قام للمسلمين سوق فلاحظ.

١) نفس المصدر الحديث: ٢

(مسألة ۵): يشترط في ملتقط الصبي البلوغ و العقل (او الحرية (۲ فلااعتبار بالتقاط الصبي و المجنون و العبد الاباذن مولاه (۳ بل

1) بلا خلاف بين العامة والخاصة ـ كما في الجواهر ـ وقال قدس سره في طي كلامه: «بل ولا اشكال لقصورهما عن ولاية الالتقاط » انتهى . ويمكن أن يقال: بأن تحقق الالتقاط الشرعي بحيث يترتب عليه الأثريتوقف على الدليل وهو مفقود في محل الكلام بل الدليل على خلافه اذمققضى الأصل عدمه كما ان مقتضى ان عمد الصبي خطأ عدم ترتب أثر شرعي على فعله كما ان المجنون لا يتوجه اليه التكليف فلا أثر لفعله .

γ) قال في الجواهر: «على المشهور بل لم أتحقق فيه خلافاً وعن جامع المقاصد نفي الريب عنه وعن مجمع البرهان دعوى الاجماع عليه ظاهر أوعن الكفاية انه مما قطع به الاصحاب».

واستدل في كلام بعضهم بالآصل وبأنه لايقدر على شيء اذ هومشغول باستيلاء المولى على منافعه وأيد واما راموه بمارواه أبو خديجة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سأله ذريح عن المملوك يأخذ اللقطة فقال: وما للمملوك واللقطة والمملوك لايملك من نفسه شيئاً فلا يعرض لها المملوك فانه ينبغي أن يعرفها سنة في مجمع فان جاء طالبها دفعها البه والاكانت في ماله فان مات كانت ميراثاً لولده ولمنور ثه فان لم يجيء لها طالب كانت في أموالهم هي لهم فان جاء طالبها بعد دفعوها البه (* 1).

٣) ادعي عليه عدم وجدان الخلاف والظاهر انه حق اذلاقصور في العبد الاكونه
 مملوكاً لمولاه وهذا المحذور يرتفع بالاذن وان شئت قلت المقتضي موجودومع
 اذن المولى لا يكون قصور في الموضوع فلاحظ .

١) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب اللفطة الحديث: ١

بشترط الاسلام فيه اذا كان اللقيط محكوماً باسلامه فلوالتقط الكافر صبياً في دارالاسلام لـم يجرعلى التقاطه احكام الالتقاط ولايكون احق بحضانته (1

۱) عن مجمع البرهان امكان دعوى الأجماع عليه ويظهر من الجواهر انه لم يجد خلافاً الاعن النافع والشرائع فان عبارتهماتشعربالتردد واستدل على المدعى بقوله تعالى: « ولن يجعل الله للكافرين على المسلمين سبيلا » (* ١) بتقريب: انه نوع سبيل .

وربما استدل بما دل من النصعلى عدم جواز تزويج العارفة منغيرالعارف لاحظ ما رواه زرارة بن أعين عن أبي عبدالله عليه السلام قال: تزوجوا في الشكاك ولا تزوجوهم فان المرأة تأخذ من ادب زوجها ويقهرها على دينه (* ٢).

بتقريب : ان المستفاد منه ان النهى معلل بامكان اخذ الزوجة من أدب زوجها فبعموم العلة نحكم في المقام بعدم جواز حضانته للصبى المسلم .

___ويرد على هذا الاستدلال اولا بما افاده في الجواهرمن أن المذكور ليسعلة بل حكمة وما أفاده متين اذ لو التزمنا بالعلية يلزم عدم التزويج من الفاسق أيضاً. لعين الملاك وثانياً: ان الرواية مخدوشة سنداً بموسى بن بكرفلاحظ لكن الظاهر ان الرواية تامة سنداً ببعض طرقها .

ويمكن اثبات المدعى بالأصل فان اثبات حق الحضانة واحقية الكافر يحتاج الى الدليل وهو مفقود هذاكله على فرض كون اللقيط مسلماً وأما اثبات كون لقيط دار الاسلام مسلماً فقد مر الاشكال فيه لعدم طريق الى اثباته الا مــن طريق السيرة

١٤٠/١ النساء/١٤٠

٢) الوسائل الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالكفر الحديث: ٢

(مسألة 7): اللقيط ان وجد متبرع بنفقته انفق عليه (اوالافان كان له مال انفق عليه منه بعد الاستيذان من الحاكم الشرعي أو من يقوم مقامه (الوالا انفق الملتقط من ماله عليه ورجع بها عليه ان لـم يكن قد تبرع بها (ال

كما تقدم منا اللهم الا أن يقال: يكفي في عدم الجوازالشك في اسلامه ومقتضى اصالة عدم كفره عدم جواز تسلط الكافر عليه فانه خلاف الأصل وبعبارة اخرى: اثبات الحق يحتاج الى الدليل اللهم الأأن يقال: ان مقتضى الأصل عدم كونه مسلماً ومن لايكون مسلماً يكون كافراً فيجوز حضانته للكافر.

- ١) فانه نوع احسان والاحسان حسن منكل احدولا اشكال فيه .
- اذ التصرف في ملك الغير يتوقف على مجوزشرعي والحاكم الشرعيأو
 من يقوم مقامه ولي الطفل من باب الحسبة هذامن ناحية ومن ناحية اخرى ان صرف
 ماله في شثونه ليس قرباً لماله الا بالاحسن فلا اشكال فيه .
- ۳) ربما يقال بأنه يجب الانفاق عليه كفاية فيجب على الملتقط لأنه من آحاد المكلفين لكن الظاهر انه لادليل على هذا المدعى بل الدليل على خلافه لاحظ ما رواه محمد بن أحمد قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الملتقطة فقال: لاتباع ولا تشترى ولكن تستخدمها بما أنفقت عليها (* ١).

فان المستفاد من الرواية انه يجوز استخدامه في مقابل ما انفق عليه فلايجب الانفاق عليه مرآة العقول: الانفاق عليه مجاناً انما الاشكال في سند الرواية وقال المجلسي في مرآة العقول: « ان الراوي من الامام هو محمد بن احمد غير معلوم ويمكن أن يكون الغلط من النساخ فعلى هذا غير بعيد أن يكون محمد هذا هو ابن مسلم فالسند صحيح »

١) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب اللقطة الحديث: ٤

(مسألة γ) : يكره اخذ الضالة حتى لوخيف عليها التلف $^{(7)}$.

ولكن مجرد الاحتمال لايقتضي الحكم بالصحة فلابد من التماس وليل آخر فلاحظ. ١) لعدم المقتضى للرجوع بعد فرض التبرع.

۲) المقصود من الضالة _ كما يظهر من كلماتهم _ كل حيوان مملوك ضايع عن مالكه ولا يد عليه ولا اشكال ظاهراً في كراهة اخذه مع عدم خوف تلفه وبعبارة اخرى: الذى يظهر من كلمات الاصحاب في هذا المقام عدم الخلاف عندهم في كراهة اخذه حتى في صورة جواز اخذه قال في الجواهر: « ولا خلاف بيننا في أن اخذه في صورة الجواز مكروه وعن المسالك: واخذه حيث يجوز مكروه واستدل على المدعى بجملة من النصوص: منها ما رواه وهب بن وهب عن جعفر بن محمد عن أبيه عليهما السلام قال: لايا كل من الضالة الا الضالون (* ١). وهذه الرواية ضعيفة سنداً بوهب مضافاً الى أن المستفاد من الرواية ليس بيان حكم الاخذ بل المستفاد منها حكم المتملك فان الآكل كناية عن التملك.

ومما ذكرنا ظهر تقريب المدعى بحديث وهب أيضاً عن جعفر عن أبيه عليهما السلام في حديث: قال: لاياً كل الضالة الا الضالون (١٤٠).

وما نقل في هذا المقام صن سيد الرياض بكفاية الخبر المذكور والفتاوي للحكم بالكراهة للتسامح مردود اولا بأن دليل التسامح محل الاشكال والكلام وقد ذكرنا في محله ان اخبار التسامح ترشد الى حكم المعلل ولايستفاد منهاالاستحباب وثانياً دليل التسامح على فرض تماميته راجع الى استحباب الفعل لاالى كراهته . ومنها : مرسل الصدوق قسال : ومن الفاظ رسول الله صلى الله عليه وآله :

١) الوسائل الياب ١ من أبواب اللقطة الحديث : ٧

٢) نفس المصدر الحديث : ٥

كتاب اللقطة ______ م

لايؤوي الضالة الا الضال (* ١).

وهذه الرواية ضعيفة بالارسال وما قيل في هذا المقام بأن المرسل اذا كان ثقة نسب الخبر الى المعصوم جزماً لابنحو روي يكون ذلك الخبر حجة ، مدفوع بما ذكرنا وقد تعرض لما حققتاه في هذا المقام الشيخ الحاجياني في كتابه ونخبة المقال » فراجع .

ومنها: ما وردمن النصوص الدالة على كراهة اخذ اللقطة لاحظ ما رواه الحلبي هن أبي عبدالله عليه السلام في حديث في اللقطة قال: وكان على بن الحسين عليهما المسلام يقول لأهله: لاتمسوها (*٢) بتقريب: ان هذه النصوص وان كانت واردة في لقطة المال لكن تدل على كراهة اخذ الضالة بالا ولوية فتأمل.

ومنها : ما رواه احمد بسن محمد بن عيسى فى نوادره عن أبيه قال : سئل رسول الله صلى الله عليه وآله وفيه : « وما أحب أن امسكها » (٣٣) وهذه الرواية ماقطة سنداً بالارسال .

ومنها: ما رواه معاوية بن حمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سأل رجل رسول الله صلى الله عليه و آله عن المشاة الضالة بالفلاة فقال للسائل: هي لك أو لاخيك أو للذئب قال: وما احب أن امسها وسئل عن البعير الضال فقال للسائل مالك وله خفه حذاؤه و كرشه سقاؤه خل عنه (* 2).

والظاهر ان هذه الرواية لااشكال في دلالتها على المدعى ولا بأس بسندها فلا اشكال في أصـــل الحكم انما الكلام في أن الآخذ مكروه حتى مـع خوف النلف

١) نفس المصدر الحديث: ١٠

٧) نفس المصدر الحديث ١

٣) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الملقطة الحديث : ٢

٤) نفس المضدر الحديث: ٥

على الحيوان أو الحكم بالكراهة مختص بصورة الأمن من تلف الحيوان؟.

ربما يقالبالاختصاص بتقريب: ان ادلة المنعمنصرفة عن هذه الصورة وبأن قوله عليه السلام: «هي لك أو لاخيك أو للذئب » يقتضي ترغيب المكلف في أخذ الضالة التي في معرض التلف بمعنى انه لو اخذتها ولم تعرف مالكها بعدالتعريف تكون لك وان عرفته فقد حفظت مال اخيك المؤمن وان لم تأخذ اكلها الذئب أو اخذها غير الامين الذي يكون في حكم الذئب.

ويرد عليه : ان الانصراف ممنوع وقد ذكر في آخر الخبر انه قال عليه السلام α وما احب أن امسها α فالكراهة متحققة حتى مع خوف التلف ان قلت : أليس حفظ مال الغير و اجباً قلت: لادليل عليه على نحو الاطلاق . ان قلت: ان حفظ مال الغير لا اشكال في حسنه حيث انه احسان وقد ورد في النص جو از الحلف تقية و كذباً لحفظ مال الغير .

لا حظ ما رواه اسماعيل بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام في حديث قال: سألته عن رجل أحلفه السلطان بالطلاق أو غير ذلك فحلف قال: لاجناح عليه وعن رجل يخاف على ماله من السلطان فيحلفه لينجو به منه قال: لاجناح عليه وسألته هل يحلف الرجل على مال أخيه كما يحلف على ماله ؟ قال: نعم (* ١).

ومثله ما رواه اسماعيل الجعفي قال: قلت لابي جعفر عليه السلام امر بالعشار ومعي المال فيستحلفوني فان حلفت تركوني وان لم احلف فتشوني وظلموني فقال احلف لهم قلت: فان المال لايكون لي قال: تتقي مال اخيك (* ٢).

١) الوسائل الباب ١٢ من أبواب الايمان الحديث: ١

٢) نفس المصدر الحديث: ١٧

(مسألة ٨): اذا وجد حيوان في غير العمران كالبراري والجبال والاجام والفلوات و نحوها من المواضع الخالية من السكان فان كان الحيوان يحفظ نفسه و يمتنع عن السباع لكبرجثته أوسر عة عدوه أوقوته كالبعير والفرس والجاموس والثور و نحوها لم يجز اخذه (١

قلت : هذا اجتهاد في مقابل النص اذ قد ذكر عليه السلام في آخر الخبركما ذكرنا ان التعرض مكروه وما ورد من جواز الحلف على مال الآخ مقدمة للحفظ لاينافي كراهة الآخذ مضافاً الى أن مورد الخبر الثاني ما لو كان المال في يده فالنتيجة ان الآخذ مكروه على الاطلاق كما في المتن والله العالم .

1) الذي يظهر من كلمات الأصحاب في هذا المقام ان عدم الجواز في الجملة اجماعي كما ان مقتضى القاعدة الاولية كذلك اذ التصرف في مال الغير بلا اذن منه حرام لاحظ مارواه سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث ان رسول الله صلى الله عليه و آله قال: من كانت عنده أمانته فليؤدها الى من اثتمنه عليها فانه لا يحل دم امر مسلم ولا ماله الابطيبة نفس منه (* 1) فلا يجوز احذه.

اضف الى ذلك النصوص الواردة في المقام لاحظ ما رواه هشام بـن سالم عن أبي عبدالله عليه والله فقال : عن أبي عبدالله عليه السلام قال: جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وآله فقال : يا رسول الله صلى الله عليه هى لك أولاخيك أوللذئب فقال: يا رسول الله اني وجدت بعيراً فقال : معه حذاؤه وسقاؤه خفه وسقاؤه كرشه فلا تهجه (* ٢) وما رواه معاوية (* ٣) .

فان المستفادمن الحديثين عدم جوازاخذ البعيروبعموم العلة المذكورة فيهما

١) الوسائل الباب ٣ من أبواب مكان المصلى الحديث: ١

٢) الوسائل الباب ١٣ من ابواب اللقطة الحديث: ١

٣) لاحظ ص: ١٥

يتعدى الى غير البعير وهوكل حيوان يفدر على حفظ نفسه والدفاع عنها وبعبارة اخرى: وقع الكلام بين القوم في الحاق غير البعيربه فيالأحكام المذكورة حيث ان المصرح به في جملة من النصوص عنوان البعير لاحظ ما رواه هشام (*١).

وما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: من أصاب مالاأو بعيراً في فلاة من الارض قد كلت وقامت وسيبها صاحبها ممالم يتبعه فأخذها غيره فأقام عليها وأنفق نفقته حتى أحياها من الكلال ومن الموت فهي له ولاسبيل له عليها وانما هي مثل الشيء المباح (* ٢) وما رواه معاوية (* ٣).

وعدم الحاقها بها لاخلاف فيه _كمافي الجو اهر_بل الاجماع قائم على الحاق الدابة التي هي عبارة عن الفرس .

واستدل عليه بما رواه مسمع عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ان امير المؤمنين عليه السلام كان يقول في الدابة اذا سرحها أهلها أو عجزوا عن علفها أو نفقتها: فهى للذي أحياها قال: وقضى أمير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك دابة بمضيعة فقال: ان تركها في كلاء وماء وأمن فهي له يأخذها متى شاء وان كان تركها في غير كلاء ولا ماء فهي لمن أحياها (* ٤).

وماً رواه السكونى عن أبي عبدالله عليه السلام ان أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل ترك دابته من جهد فقال: ان كان تركها في كلاء وماء وأمن فهي له يأخذها حيث أصابها وان تركها في خـوف وعلى غير ماء ولاكلاء فهي لمن

١) لاحظ ص: ١٧

٢) الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الحديث : ٢

٣) لاحظ ص: ١٥

٤) الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الحديث: ٣

كتاب اللفطة _____

سواء أكان في كلاء وماء أم لم يكن فيهما اذا كان صحيحاً يقوى على السعى اليهما(١

أصابها (* ١).

ونقل في الجواهر: عن كشف الرموز الحاق البغل وقال في الجواهر: بل لعل لفظ الدابة في النصوص المزبورة شامل لمطلق ذوي القوائم الاربع وربما يقال كما في الجواهر وغيره: ان حديث ابن سنان (* ٢) باطلاقه يشمل مطلق الدابة بدعوى ان المراد بلفظ المال الواقع في الخبر الضالة بقرينة قامت.

والذي يختلج بالبال أن يقال: ان الاقرب الحاق غير البعير به في عدم جواز الاخذ وجوازه أما عدم الجوازفعلى القاعدة الاولية اذ التصرف في مال الغير حرام مضافاً الى أن المستفاد من قوله عليه السلام في عدة روايات: «كرشه سقاؤه وخفه حذاؤه لا تهجه » ان المدار في الجواز وعدمه هو الامتناع من السباع و امكان البقاء والتعيش وأما جواز الاخذ فيما يكون في معرض الخطر فلرواية ابن سنان (* ٣)

بتقريب الاطلاق في لفظ المال واستفادة القانون الكلي من روايات البعير فان المستفادمن النصوصان الميزان في الجوازوعدمه امكانالبقاء والتعيش وعدمه فلا يجوز في الاول ويجوز في الثاني فما أفاده الماتن تام .

١) ادعى عليه الاجماع وعدم الخلاف -كما في الجواهر والاطلاق مقتضى
 النص لاحظ ما رواه معاويه (* ٤) فانه صرح في هذا الحديث بالفلاة والفلاة
 على ما يظهر من اللغة: الارض التي لاماء فيهاء ومع الصراحة الموجودة في هذا

١) نفس المصدر الحديث: ١٧

٢) لاحظ ص: ١٨

٣) لاحظ ص: ١٨

٤) لاحظ ص: ١٥

مبائی منهاج الصالحین ج ۹ لهان أخذه الواجد حينئذكان آثماً\{ وضامناً له ^{(٧}و تجب عليه نفقته ^{(٣} ولايرجع بها على المالك (٤ واذا استوفى شيئًامن نمائه كلبنه وصوفه كان عليه مثله أوقيمته ''واذا ركبه أوحمله حملاكان عليه أجرته ^{(٦} ولايبرأمن ضمانه الابدفعه الىمالكه نعم اذا يئس مـن الوصول اليه ومعرفته تصدق به عنه باذن الحاكم الشرعي^{٧١}

الحديث لامجال للتأمل فالحق ما أفاده في المتن من الاطلاق فلاحظ.

١) لأنه تصرف في مال الغير بلااحراز اذن من له اهلية الاذن مضافاً الى النهي الصريح عن التعرض بقوله صلى الله عليه وآله : « خلعنه » فلا مجال للتأملولا موقع المتمسك بقاعدة الاحسان فانه لايتحقق الاحسان بالحرام .

٧) لقاءدة ضمان اليد فانمقتضى الحديث المعروف على اليدما اخذتحتي تؤديه (* ١) هو الضمان.

وصفوة القول : أن التصرف في مال الغير ووضع البد عليه يوجب الضمان بلا اشكال الا مع الاذن من المالك أو الشارع وهو مفقود في المقام على الفرض ٣) اذ المفروض انه مال محترم لمالك محترم فيجب حفظه بلا اشكال.

- ٤) لعدم موجـب للرجوع وان شئت قلت : لادليل على توجه الضمان الى المالك فلا يجوز له الرجوع عليه فلاحظ.
 - ه) اذ المفروض انه أتلف مال الغير فيضمن بلا اشكال.
- ٦) اذ المفروض انه استفاد من منفعته ومقتضى القاعدة الاولية هو الضمان ولا دليل على التخصيص.
- ٧) اذ الضمان يرتفع بايصال المضمون الى المالك والا فهو باق على حاله

١) مستدرك الوسائل الياب ١ من أبواب الغصب الحديث : ٤

ولا يجوز التصدق به الا بعد اليأس وبعبارة اخرى: لااشكال في وجوب ايصال المال الى صاحبه ويمكن الاستدلال على وجوب الآيصال و الفحص عن المالك مضافاً الى ارتكاز المتشرعة بوجهين احدهما قوله تعالى في سورة النساء الاية / ٥٨ « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى اهلها » .

فان مقتضى العموم عدم الفرق بين كون الامانة مالكية كالوديعة أو شرعية كاللقطة ومجهول المالك ومال السرقة والخيانة والغصب فان مقتضى الاية الشريفة وجوب الفحص عن المالك وايصال الامانة اليه سيما فيما يكون من بيده المال غاصباً ويكون تسلطه على المال عدوانياً.

ثانيهما : جملة من الروايات فانها تدل على وجوب الفحص ثم التصدق منها ما رواه حفص بن غياث قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل من المسلمين أو دعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً واللص مسلم هل يردعليه ؟ فقال : لايرده فان أمكنه أن يرده على أصحابه فعل والاكان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا فإن أصاب صاحبها ردها عليه والا تصدق بهافان جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الاجر والغرم فان اختار الاجر فله الاجر وان اختار الغرم غرم له وكان الاجر

والرواية ضعيفة بحفص وبقاسم علىما قيل فان حفصاً لم يوثق والرواية بسندها الاخر مرسلة .

ومنها: مارواه هشام بن سالم قال: سأل خطاب الاعور أبا ابر اهيم عليه السلام وأناجالس فقال: انه كان عند أبي اجير يعمل عنده بالاجر ففقدناه وبقي له من أجره

۱) الوسائل الباب ۱۸ مـن ابواب اللقطة الحديث: ۱ والكافى ج ٥ ص: ٣٠٨
 حديث: ۲۱

شىء ولا نعرف له وارثاً قال: فاطلبه قال: قد طلبناه فلم نجده قال: فقال: مساكين وحرك يديه قال: فأعاد عليه قال: اطلب واجهد فان قدرت عليه والافهو كسبيل مالك حتى يجىء له طالب فان حدث بك حدث فأوص بهان جاء له طالب أن يدفع اليه (* ١).

وهذه الرواية تامة سنداً اذ اسناد الشيخ الى يونس تام فلا اشكال من حيث السند وأما من حيث الدلالة فلا اشكال فيها فانها تدل على وجوب الفحص والجهد عن المالك لكن هذه الرواية واردة بالنسبة الى معلوم المالك والكلام فى مجهول المالك .

ومنها: ما رواه معاوبة بن وهب عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل كان له على رجل حق ففقده ولايدري أبن يطلبه ولا يدري أحي هو أم ميت ولا يعرف له وارثاً ولانسباً ولاولداً قال: اطلب قال: فان ذلك قد طال فاتصدق به؟ قال: اطلبه (*۲) .

وهذه الرواية على تقدير تمامية دلالتها مخدوشة من حيث السند بابن ثابت وابن عون لكن الشيخ قدس سره نقل الرواية في ج ٦ من التهذيب ص : ١٨٨ حديث : ٢٦ بسند لابأس به فراجع ولكن موردها معلوم المالك .

ومنها: ما رواه يونس بن عبدالرحمان قال: سئل أبو الحسن الرضاعليه السلام وأنا حاضر الى أن قال: فقال: رفيق كان لنا بمكة فرحل منها المى منزله ورحلنا الى منازلنا فلماان صرنا في الطريق أصبنا بعض متاعه معنا فأى شيء نصنع به؟ قال: تحملونه حتى تحملوه الى الكوفة قال: لسنا نعرفه ولا نعرف كيف نصنع ؟ قال: اذا كان

۱) الفروع من الكافى ج ٧ ص: ١٥٣ باب ميراث المفقود الحديث: ١ والوسائل
 ۱لباب ٦ منأبواب ميراث الخنثى الحديث: ١ والتهذيب ج ٩ ص: ٣٨٩ حديث ١٣٨٧
 ٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب ميراث الخنثى الحديث: ٢

كذا فبعه وتصدق بثمنه قال له: على من جعلت فداك؟ قال: على أهل الولاية (*١) بتقريب ان المستفاد من الرواية مفهوماً وجوب الفحص مع الامكان وسند الرواية مخدوش بالعبيدي وقد وردجملة من الروايات بالنسبة الى معلوم المالك لاحظ الباب ٦ من أبواب ميراث الخنثى وما اشبهه من الوسائل وهذه النصوص موردها معلوم المالك فلا تشمل المقام كما أن الاخبار الواردة في اللقطة الدالة على وجوب التعريف سنة لاتشمل المقام فالنتيجة ان دليل وجوب الايصال الى المالك والفحص عنه الاية الشريفة .

وربما يقال: بأنه لايجب الايصال الى المالك بل يجوز التصدق به والدليل عليه جملة من النصوص :

منها: ما رواه على بن أبي حمزة قال كان لي صديق من كتاب بني امية فقال لي : استأذن لي على أبسي عبدالله عليه السلام فاستأذنت له «عليه» فأذن له فلما أن دخل سلم وجلس ثم قال: جعلت فداك اني كنت في ديوان هؤلاء القوم فأصبت من دنياهم مالاكثيراً وأغمضت في مطالبه فقال أبو عبدالله عليه السلام: لولا ان بني امية وجد والهم من يكتب ويجبيء لهم الفيء ويقاتل عنهم ويشهد جماعتهم لما سلبونا حقنا ولو تركهم الناس وما في أيديهم ما وجدوا شيئاً الا ما وقع في ايديهم قال: ان قلت لك ايديهم قال: فقال الفتى : جعلت فداك فهل لي مخرج منه ؟ قال: ان قلت لك تفعل ؟ قال : أفعل قال له : فاخر ج من جميع ما كسبت «اكتسبت» في ديوانهم فمن عرفت منهم رددت عليه ماله ومن لم تعرف تصدقت به وأنا أضمن لك على الله عزو جل الجنة فأطرق الفتى طويلائم قال له: لقد فعلت جعلت فداك الحديث (*٢)

١) الوسائل الباب ٧ من أبواب اللقطة الحديث: ٢

٢) الوسائل الباب ٤٧ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ١

وهذه الرواية ضعيفة بالبطائني وابن بندار .

ومنها: ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل ترك غلاماً له في كرم له ببيعه عنباً أوعصيراً فانطلق الغلام فعصر خمراً ثم باعه قال: لايصلح ثمنه ثم قال: ان رجلا من ثقيف اهدى الى رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم راويتين من خمر فأمر بهمارسول الله صلى الله عليه و آله وسلم فاهريقتا وقال: ان الذى حرم شربها حرم ثمنها ثم قال أبو عبدالله عليه السلام: ان افضل خصال هذه التي باعها الغلام أن يتصدق بثمنها (* 1) والظاهر ان سند الرواية لابأس به .

ومنها: ما رواه أبو أيوب قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام: رجل أمرغلامه أن يبيع كرمه عصير أفباعه خمراً ثم أتاه بثمنه فقال : ان احب الاشياء الي أن يتصدق بثمنه (* ٢) والسند ضعيف بمعلى .

ومنها: ما رواه علي بن ميمون الصائخ قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عما يكنس من التراب فأبيعه فما أصنع به؟ قال: تصدق به فامالك و امالاً هله الحديث (*٣) والسند ضعيف بابن ميمون .

ومنها: ما رواه على الصائخ قال: سألته عن تراب الصواغين وانا نبيعه قال: أما تستطيع أن تستحله من صاحبه ؟ قال : قلت : لااذا أخبرته اتهمني قال : بعه قلت بأي شيء أصنع به ؟ قال : تصدق به امالك واما لاهله (*٤) والسند مخدوش بالاضمار وبعلي مضافاً الى أن موردها معلوم المالك .

ومنها : ما رواه أبو علي بن راشد قال : سألت أبا الحسن عليه السلام قلت

١) الوسائل الباب ٥٥ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث: ٢

٣) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الصرف الحديث : ١

٤) نفس المصدر الحديث: ٢

جعلت فداك اشتربت أرضا الى جنب ضيعتي بالفى درهم فلما وفيت المال خبرت ان الارض وقف فقال: لايجوذ شراءالوقف ولا تدخل الغلة في مالك وادفعها الى من وقفت عليه قلت: لاأعرف لها رباً قال: تصدق بغتلها (* ١) والسند ضعيف بالمرذاذ.

اذا عرفت ماتقدم فاعلم ان النسبة بين دليل التصدق ووجوب الايصال العموم من وجه فان دليل وجوب الايصال خاص من حيث اختصاصه بمورد يمكن فيه الايصال اذكل تكليف مشروط بالقدرة وعام من حيث المورد اذ لااختصاص له بسجهول المالك والدليل الدال على الصدقة مختص بمجهول المالك وان أبيت عن اختصاص دليل التصدق بمجهول المالك وقلت: لايختص الدليل به بل مطلق قلت : على هذا التقدير تكون نسبة الاية الى الرواية نسبة الخاص الى العام اذ الاية تختص بمورد التمكن بخلاف الرواية فتكون الاية أخص ولا اشكال في تقدم الخاص على العام .

و أماعلى تقدير الالتزام بكون التعارض بالعموم من وجه نقول: يقع التعارض بين الدليلين في مورديمكن الايصال ولابد من الاخذ بدليل وجوب الايصال وذلك لوجهين:

احدهما: ان العموم الوضعي بقدم على العموم الاطلاقي والعموم الكتابي وضعي فان « الامانات » جمع محلى باللام وقد ثبت في محله انه وضع للعموم وعموم الرواية اطلاقي .

ثانيهما: ان ما خالف الكتاب لااعتبار به . والعجب من سيدنا الاستاد حيث ذهب في المقام وأمثاله الى تقديم الكتاب بدعوى: ان الرواية مخالفة للكتاب فلا

١) الوسائل الباب ١٧ من أبواب عقد البيع وشروطه

اعتبار بهاومع ذلك يرى ان الخبرين المتعارضين بالعموم من وجه يتساقطان في مورد التعارض فلاتصل النوبة الى الاخبار العلاجية والحال ان التعارض بالعموم من وجه بالاطلاق ان صدق عليه التعارض فما الوجه في التساقط؟ بللابد من العلاج وان لم يصدق عليه التعارض لقابلية كل واحد من الدليلين أن يكون قرينة على الدليل الاخر فما الوجه في سقوط الاطلاق المعارض للكتاب فلاحظ و تأمل فيما قلناه.

فالنتيجة: ان الواجبايصال المجهول مالكه الى مالكه ثمانه مع العلم بامكان الايصال يجب كما انه مع اليأس لايجب أما لو شك في القدرة فربما يقال: بأن مقتضى اصالة البراءة عدم وجوب الفحص ولكن الحق ان البراءة لاتجري مع الشك في القدرة فانه على خلاف السيرة العقلائية مضافاً الى أنه يلزم تفويت المصالح.

ثم انه هل يجوز أو يجب أعطاء المجهول مالكه لمن يدعيه بعد الفحص عن المالك واليأس عنه أولا يجوز الا مع التوصيف كاللقطة أو لاهذا ولاذاك بل اللازم الثبوت الشرعي والا فيجب التصدق به ؟ ربما يقال: بأنه يجوز أو يجب اعطائه لمن يدعيه بدعوى دلالة خبر منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت عشرة كانوا جلوساً وسطهم كيس فيه ألف درهم فسأل بعضهم بعضاً ألكم هذا الكيس فقالوا كلهم: لاوقال واحد منهم: هو لي فلمن هو ؟ قال: للذي ادعاه (* ١).

فان المسنفاد من هذه الرواية ان دعوى ملكية شيء بلامعارض مسموعة وهذه الرواية لا بأس بسندها فان الشيخ رواها بطريقه الى محمد بن احمد بن يحيى ولكن الاشكال في دلالتها على المدعى اذ الرواية واردة في الكيس الذي تحت يد جماعة ولا ملازمة بين المورد و بقية الموارد من حيث الحكم فلعل المورد له خصوصية ومقتضى الاصل في بقية الموارد عدم كون المدعى مالكاً.

١) الوسائل الباب ١٧ من أبواب كيفية الحكم والدعاوى

وملخص الكلام انه لاتـدل الرواية على مالكية المدعي على الاطلاق وعلى تقدير الدلالة يجب الاعطاء فالامر دائر بين الوجوب والحرمة لابين الوجوب والجواز فلاحظ وأماجواز الاعطاءمع التوصيف في مورد حصول العلم أوالاطمينان بصدق الواصف فلااشكال في وجوب الاعطاء اوجوب رد المال الى المالك وأما مع عدم حصول الاطمينان فلا وجه للاعطاء اذعلى تقدير كون التوصيف مؤثر آفهو مخصوص بباب اللقطة ولا وجه لتسريته الى المقام فالمتعين هو الوجه الاخير عملا بدليل وجوب التصدق.

ثم انه يقع الكلام في أنه يكفي مطلق الفحص أو يجب سنة أو يجب الى أن يحصل البأسعن الوصول؟ ربما يقال: بأن الطبيعي يحصل ببعض أفراده وحيث ان الفحص يحصل بمطلقه فلا يجب الزايد عليه .

ويرد عليه ان المستفاد من الايـة الايصال الى المالك والفحص مقدمة له فلا معنى لهذا البيان وبعبارة اخرى : الواجب على الضامن ايصال المال الى مالكه لا الفحص عنه كى يقال بأنه يحصل بالطبيعي .

وربما يقال: بأنه يجب الفحص سنة وفيه: انه لادليل عليه وما ورد في اللقطة اجنبى عن المقام كما هوظاهر ولا وجه المقياس مضافاً الى ما ورد في حديث معاوية بن وهب (* 1) من التأكيد في الطلب ان قلت: يستفاد من حديث حفص (*٢) انه يجب التعريف سنة قلت: اولاان الرواية ضعيفة كما مر وثانياً: انه حكم وارد في مورد خاص الا أن يقال: ان العرف يفهم انه حكم مجهول المالك فتحصل: ان الحق وجوب الفحص الا أن يحصل اليأس من الوصول.

١) لاحظ ص: ٢٢

٢) لاحظ ص : ٢١

ثم ان اجرة الفحص عن المالك هل على ذي اليد أو على المالك أو على بيت المال؟ قد فصل سيدنا الاستاد في المقام وقال : « تحقيق المسألة يقتضي أن يقال : ان اخذ المجهول مالكاً ان كان على وجه شرعي وباذن من الشارع كاللقطة وامثالها فلا تكون الاجرة على الاخذ بل تكون على المالك وذلك لوجهين :

احدهما: قوله تعالى « ما على المحسنين من سبيل » (* ١) فان تحريم الاخذ واخذ الاجرة منه نحو من سبيل وهو منفى .

ثانيهما : دليل نفى الضرر ويؤيد المدعى قوله تعالى «هل جزاء الاحسان الا الاحسان » (*۲) اندقلت : يجب الفحص عن المالك وقد فرض ان الفحص يتوقف على بذل المال فلا مورد لنفى الضرر قلت : اولا : ان التوقف على صرف المال لا يختص بالصرف من كيس الاخذ بل يتوقف على طبيعي الصرف فلادليل على وجوبه من كيسه .

وثانياً: الفحص دائماً لايتوقف على صرف المال بل قد يتوقف واخرى لايتوقف فلا مانع من رفع اليد عن اطلاق الدليل بحديث لاضرر وأما ان كانعلى غير وجه شرعي وبدون الاذن فلا اشكال في أن اجرة الفحص عليه الا ليس أخذه احساناً كى يشمله دليل نفي السبيل على المحسنين وأما دليل نفي الضرر فلايشمل المقام لانه حكم امتنانى ونفيه عن الاخذ خلاف الامتنان على المالك.

وبعبارة اخرى : ان الاخذ حيث أخذه ووضع يده على مال الغير بــلا اذن مالكي أوشرعي يجب عليه ايصاله الى مالكه ولومع التوقف على بذل المال ومن هنا

۱) التوبة/۹۱

۲) الرحمن/۲۰

اشتهر ان الغاصب يؤخذ باشق الأحوال ومما يؤكد المدعى ما عن علي عليه السلام مرسلا « الحجر الغصب في الدار رهن على خرابها » (* ١) هذا .

والذي يختلج بالبال أن يقال : أما في صورة جواز الآخذ فيجب على الاخذ الفحص مقدمة للايصال ولا ضمان عليه لقاعدة نفى السبيل على المحسن فيأخذمن المالك أومن مجهول المالك باذن الحاكم والظاهرانه لاوجه للاخذ من يبتالمال كمافي كلام سيدنا الاستاد اذالظاهرانه لادليل على جوازه وأما انكانالأخذ علم غير وجه شرعي فلامجال للنوسل الي قاعدة نفي السبيل اذ المفروضانه ليس محسناً وعليه نقول: اذا قلنا بأن دليل لاضرر لايستفاد منه الاحرمة الاضرار كما بنينا عليه فلا مجال للبحث عن مفاد القاعدة لانتفاءالموضوع فيجب على الاخذ صرف المال من باب مقدمة الواجب ولا دليل على نفى الوجوب على الفرض وأمالو لم نقل بهذه المقالة وتكلمنا على طبق مذهب القوم فنقول: لامانع من التمسك بقاعدة نفىالضرر وكونهخلاف الامتنان بالنسبة الىالمالك لايوجب عدم شمولها للاخذ فان الأمتنان لابدمن تحققه بالنسبة الى من تتحقق القاعدة بالنسبة اليه لابالنسبة الى كل احد لكن يقع التعارض فيمدلول الفاعدة بين المالك والاخذ وحيث لاترجيح تسقط القاعدة عنالاعتبار فيجب الفحص وصرف المالبلا أخذه من المالكوأما ما اشتهر من « أن الغاصب يؤخذ باشق الأحوال » فلا دليل عليه وأما المرسل فلا اعتبار به للارسال.

ومما ذكرنا علم ما ألوكان الفحص حرجياً حرجاً زائداً على الممتعارف بحيث لا يكون قابلا للتحمل عادة فان وجوب الفحص يسقط لدليل نقي الحرج في الشريعة ان قلت: انه خلاف الامتنان بالنسبة الى المالك وحكم نقى الحرج امتناني كلت

١) الوسائل الباب ١ من ابواب العصب الحديث : ٥

لابدمن كونه امتنانياً بالنسبة الىمن يصدق ويتحقق لابالنسبة الى غيره وبعبارة اخرى لايلمزم أن يكون نفسي التكلبف الحرجي عن شخص امتنانياً بالنسبة الى غيره فلا تغفل.

وربمايقال: بأن مجهول المالك ملك للامام عليه السلام والدليل عليه مارواه داود بن أبي يزيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رجل: اني قد أصبت مالاواني قد خفت فيه على نفسي ولو أصبت صاحبه دفعته اليه و تخلصت منه قال: فقال أبو عبدالله عليه السلام والله لو اصبته كنت تدفعه اليه ؟ قال: أي والله قال: فحلف فقال فأنا والله ماله صاحب غيري قال: فاستحلفه أن يدفعه الى من يأمره قال: فقال فأنا والله ماله صاحب غيري قال: فاستحلفه أن يدفعه الى من يأمره قال: فقال فأذهب فاقسمه في اخوانك ولك الامن مما خفت منه قال: فقسمته بين اخواني (١٤) وهذه الرواية لاتثبت المدعى وقاصرة عن الاثبات سنداً ودلالة أما سنداً فلان لها طريقين:

احدهما: طريق الكليني ثانيهما: طريق الصدوق أماطريق الكليني ففيه موسى بن عمروهو لم يوثق وفي طريق الصدوق حسن بن علي بن عبدالله مغيرة وهو لم يوثق فالسند ساقط عن الاعتبار وأما دلالة فمن الممكن ان ما وقع مورد السؤال مال شخصي فقد عنه عليه السلام أوكان تركة لمن لا وارث له غيره عليه السلام أوكان من صفو دار الحرب الذي هو خاص للامام عليه السلام ولايستفاد من الرواية حكم كلى والوجه في أمره عليه السلام بالتصدق يمكن ان يكون من جهة رفسع التهمة عنه عليه السلام أوالاحسان الى الفقراء ومجمل القول انه ليس في الرواية دلالة على حكم مطلق مجهول المالك فلاحظ.

١) الوسائل الباب ٧ من ابواب اللقطة الحديث : ١

وأما حديث محمد بن القاسم بن الفضيل بن يسار عن أبي الحسن عليه السلام في رجل كان في يده مال لرجل ميت لايعرف له وارثاً كيف يصنع بالمال؟ قال: ما أعرفك لمن هو يعنى نفسه (* ١) فهو ضعيف بعباد .

وربما يقال: ان مجهول المالك ملك لمن وضع يده عليه بعد اخراج خمسه فيكون كبقية الفوائد والدليل عليه ما رواه علي بن مهزيار قال: كتب اليه أبو جعفر عليه السلام وقرأت أناكتابه اليه في طريق مكة قال: ان الذي أوجبت في سنتي هذه الى أن قال: فأما الغنائم فهى واجبة عليهم في كل عام قال الله تعالى: «واعلمواانما غنمتم من شيء فأن الله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل ان كنتم آمنتم بالله وما أنزلنا على عبدنا يوم الفرقان يوم التنى الجمعان والله على كل شيء قدير » فالغنايم والفوائد يرحمك الله فهى الغنيمة يغنمها المرء والفائدة يفيدها والجايزة من الانسان للانسان التي لها خطروالميراث الذي لا يحتسب من غير أب ولا ابن ومثل عدو يصطلم فيؤخذ ماله ومثل مال يؤخذ ولا يعرف له صاحب الحديث (* ٢).

والحديث لابأس به من حيث السند اذ طريق الشيخ قدس سره اليه معتبر في الجملة فلا يردشي، على الرواية من حيث السند وأما من حيث الدلالة فعن المحقق الهمداني قدس سره انه استظهر من الرواية هذا الرأي وان مجهول المالك ملك لمن وضع يده عليه وعن الايرواني قدس سره ان الرواية صريحة في جواز التملك.

وأورد سيدنا الاستاد على الاستدلال بالرواية اولا: ان هذه الرواية واردة في بيــان موارد الخمس على نحو القضية الحقيقية وان كل مورد جاز التملك يكون

١) الوسائل الباب ٦ من ابواب ميراث الخنثى وما اشبهه الحديث : ١٢

٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب ما يجب فيه الخمس الحديث: ٥

فيه الخمس وأما هذا الكلي في أي مورد يتحقق فالرواية ساكتة عنه .

وثانياً: ان الخبر ليس صريحاً في جواز التملك بلغاية ما في الباب أن تكون مطلقة بالنسبة الى جواز التملك فنقيده بدليل التصدق.

ويرد عليه: ان الظاهر من الرواية بحسب الفهم العرفي ان المال المأخوذ لاخذه ويجب فيه الخمس .

وبعبارة اخرى: ان الرواية في مقام بيان الفوائد التي يفيدها الانسان وتكون له غاية الأمريجب عليه الخمس وهذا الظهور غيرقابل للانكار والعرف ببابك اضف الى ذلك ان سيدنا الاستادلم يلتزم بوجوب الخمس في مورد مجهول المالك حتى في مورد جواز التملك فيرجع الى أن الأغماض عن هذه الفقرة من الحديث بلاوجه،

وفي بعض الكلمات: انالظاهر من الخبر ارادة اللقطة وحكم اللقطة التملك بعد التعريف. وفيه: انه لاشاهد على هذه الدعوى بل المستفاد من الرواية مطلق مجهول المالك مضافاً الى أن الاصحاب لم يلتزموا يوجوب الخمس في اللقطة بعد التملك والحال انه لاوجه للاغماض عن هذه الفقرة كما ذكر نا و الانصاف ان دلالة الرواية على المدعى تامة وحيث ان سندها تام لاوجه لرفع اليد عنها اذ قد ذكر نا في محله ان اعراض المشهور عن رواية معتبرة لا يسقطها عن الاعتبار فبحسب الصناعة لامانع من العمل بالرواية ولاتنافي بين هذه الرواية ورواية محمد بين مسلم (* ١) اذ حديث ابن مهزيار مختص بمورد مجهول المالك حسب الظهور وخبر ابن مسلم مطلق يشمل مورد معرفة المالك هذا اولا وثانياً: قد ذكر في رواية ابن مسلم ان أفضل الخصال التصدق والظاهر انه لاتنافي بين جواز التملك واستحباب التصدق وعلى فرض التنافي نجعل حديث ابن مهزيار مقيداً لرواية ابن مسلم لكون حديث

١) لاحظ ص : ٢٤

كتاب اللفطة _____

ابن مسلم اعم مورداً من تلك الرواية .

ولكن لا يخفى انه يقع التعارض بين هذه الرواية وقوله تعالى: « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها » (*1) بالعموم من وجه فان عموم الايسة يشمل جميع الامانات ويختص موردها بصورة التمكن من الايصال والرواية تشمل صورة عدم التمكن من الايصال ففي صورة امكان الايصال يقع التعارض بين الدليلين وتقدم الاية لوجهين:

احدهما: ان العموم الوضعي مقدم على العموم الاطلاقي: ثانيهما: ان الخبر المباين مع الكتاب بالتباين الجزئي ترفع اليد عنه ويؤخذ بالكتاب فالنتيجة ان مجهول المالك يجب ايصاله الى المالك مع فرض الامكان وأما مع عدم الامكان فيجوز تملكه بمقتضى حديث ابن مهزيار .

ومما يدل على صيرورة مجهول المالك للاخذ ما رواه هشام بن سالم قال: سأل حفص الأعور أباعبدالله عليه السلام وأنا حاضر فقال: كان لأبي أجير وكان له عنده شيىء فهلك الاجير فلم يدع وارثأ ولاقرابة وقد ضقت بذلك كيف أصنع ؟ قال: وأيك المساكين رأيك المساكين فقلت: اني ضقت بذلك ذرعاً قال: هو كسبيل مالك فان جاء طالب أعطيته (*٢).

لكن المستفاد من هذه الرواية ان من لاوارت له حكمه كذا ومن الظاهر ان من لاوارث له يكون وارثة الامام عليه السلام فالمستفاد ان من وضع يده على ملل ينتقل اليه بعد هلاكه اذا كان وارثه الامام .

وربما يقال: انه يجوزللواجدالتصرف في مجهول المالك والتصدق به شيئاً

١) النساء / ١١

٧) الوسائل الباب ٦ من أبواب مبراث الخنثى وما اشبهه الحديث ١٠

فشيئاً والدليل عليه ما رواه نصربن حبيب صاحب الخان قال : كتبت الى عبد صالح عليه السلام : لقد وقعت عندي مائتا درهم وأربعة دراهم وأناصاحب فندق ومات صاحبها ولم أعرف له ورثة فرأيك في اعلامي حالها وما أصنع بها فقد ضقت بها ذرعاً فكتب اعمد فيها واخرجها صدقة قليلا قليلا حتى يخرج (* ١) .

والرواية ساقطة عن درجة الاعتبار فان نصر راوي الخبر لم يوثق فلا تصل النوبة الى معارضتها مع حديث الهيثم بن أبي روح صاحب الخان قال : كتبت الى عبد صالح عليه السلام اني أتقبل الفنادق فينزل عندي الرجل فيموت فجأة ولا أعرفه ولاأعرف بلاده ولاورثته فبقى المال عندي كبف أصنع به؟ ولمن ذلك المال؟ قال : اتركه على حاله (*٢) .

مضافاً الى أن خبر الهيثم ايضاً ضعيف به فلاحظ . وربما يقال : يجب حفظ مجهول المالك والايصاء به عند الوفاة والدليل عليه ما رواه هشام (٣٣) وهذه الرواية موردها الحق والكلام في المقام في العين مضافاً الى أنها تدل انه كسبيل ماله .

ويمكن الاستدال على المدعى بما رواه هشام بن سالم قال: سأل حفص الأعور أباعبدالله عليه السلام وأنا عنده جالس قال: انه كان لأبي أجيركان يقوم في رحاه وله عندنا دراهم وليس له وارث فقال أبوعبدالله عليه السلام: تدفع الى المسأكين ثم قال: رأيك فيها ثم أعاد عليه المسألة فقال له مثل ذلك فأعاد عليه المسألة ثالثة فقال أبوعبدالله عليه السألة عليه المسألة ثالثة فقال أبوعبدالله عليه السلام: تطلب وارثاً فان وجدت وارثاً والافهو كسبيل مالك ثم

١) نفس المصدر الحديث: ٣

٧) نفس المصدر الحديث: ٤

٣) لاحظ ص: ٢١

قال: ماعسىأن يصنع بها ثم قال: تو ص بها فان جاءطا لبها و الأفهي كسبيل ما لك (١٠).

وقال سيدنا الاستاد في هذا المقام: ان الرواية ناظرة الى الحق الكلي فسلا يستفاد منها حكم العين المخارجية وثانياً أوردبأن الحكم وارد في مورد شخصي ولا يستفاد من الرواية الحكم الكلي . والظاهر عدم ورود شيءمن الايرادين أماالايراد الاول فيدفعه ان المذكور في الرواية «ان له عندنا دراهم» وهذه الجملة لو لم تكن نصاً في العين فلا اشكال في ظهورها فيها .

وأما الايراد الثاني فيدفعه ان المستفاد من الرواية بحسب الفهم العرفى ان ما أفاده عليه السلام حكم مجهول المالك كما في نظائر المقام نعم يتوجه اشكال وهوان الظاهرمن الرواية بيان حكم مورديكون المالك معلوماً غاية الامر انه لايمكن الايصال اليه فلا يعارض هذه الرواية حديث ابن مهزيار اذ ذلك الحديث مورده مجهول المالك فلايتحد موردهما ويمكن أن يقال: ان المستفادمن الرواية ان الاجير هلك ولاوارث له فالمال للامام عليه السلام فمفادهذه الرواية كمفاد حديث هشام (**).

وربما يقال: بأنه يجب دفع مجهول المالك الى الحاكم لأنه ولمي الغائب ويرد عليه: انه لادليل على ولاية الفقيه على الاموركولاية الامام عليه السلام وانما ولايته من باب الحسبة ولابد من الاقتصار فيها على المقدار المعلوم والمقام ليس كذلك كما انه مع وجود الاب والجد لاولاية للحاكم على الصغير فانه لو استفيد وجوب التصدق به فلا يجوز الدفع الى الحاكم. ان قلت: يجب الدفع اليهمن بابكونه ولياً أو من بابكونه أعرف بموارد الصرف.

قلت : أماكونه ولياً فقد ظهر فساده وأماكونــه اعرف فباعتبار اصل الحكم

١) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب الدين والقرض الحديث: ٣

٢) لاحظ ص: ٣٣

فنعم لكن بعد السؤال والتعلم يكون من يقلده مثله وأما بالنسبة الى الموضوع فليس الامركذلك بل ربما يكون المقلد اعرف مضافاً الى أنه لادليل على تعين الاعرف فالنتيجة انه لادليل على وجوب الدفع الى الحاكم .

اذا عرفت ما تقدم فاعلم انا نذكر فروعاً في المقام ونتعرض لدليل كل واحد منها ونستمد من المولى جل جلاله : الفرع الاول :

اذا وقع عين لايعلم لهامالك في يد المكلف ويمكنه الفحص عن مالكه يجب الفحص بمقتضى قوله تعالى في سورة النساء « ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها » (* 1) فلو فحص عن المالك ووجده اعطاه اياها ولو فرضان الفحص كان حرجياً يسقط وجوب الفحص لدليل نفى الحرج ولو كان ضررياً فتارة يكون وضع اليد على المال باذن من الشارع واخرى لايكون باذنه أما على الاول فلا ضمان على الاخذ وقلنا سابقاً انه يؤخذ من المالك لقوله تعالى في سورة التوبة « وما على المحسنين من سبيل » (* ۲) .

وأما على الثاني فعلى مسلك المشهور في قاعدة نفي الضرر يتمارض ضرر المناصب والمالك وبعد التعارض تسقط القاعدة ولابد من تحمل الضرر والفحص وأما على ما سلكناه في مفاد القاعدة فيجب الفحص وتحمل الضرر وأما لوفحص فلم يجد المالك ويأس من الوصول اليه فتكون العين ملكاً للاخذ ويجب عليه التخميس لحديث ابن مهزيار (* ٣) ولاتعارض بين هذا الحديث وما رواهمحمد بن مسلم (* ٤) اذ المستفاد من حديث ابن مسلم ان الثمن أفضل خصاله التصدق

١) النساء/ ٢١

٢) التوبة/ ١٩

٣) لاحظ ص: ٣١

٤) لاحظ ص : ٢٤

فلا تنافي بين النملك وكون التصدق أفضل مضافاً الى أنه يمكن أن يقال: انحديث ابن مسلم اعم من حديث ابن مهزيار لان حديث ابن مهزيار ظاهر في مجهول المالك وحديث ابن مسلم اعم وان أبيت وقلت : يكون الخبران متعارضين كان الترجيح مع حديث ابن مهزيار لتأخره وكونه احدث وهو من المرجحات على مسلكنا .

الفرع الثاني: لو كانت العيسن معلومة المالك لكن لايمكنه الوصول اليه والظاهران حكمه التصدق والدليل عليه حديث محمد بن مسلم (* ١) و يؤيد المدعى ما رواه يونس (* ٢) و الحديث ضعيف سندا بالعبيدي .

الفرع الثالث: لو هلكصاحب العين ولاوارث لهتكون العين للاخذوالدليل عليه احاديث هشام (* ٣) .

الفرع الرابع: انه لو وقعت عين في يد المكلف وكان مالكهامعلومأشخصاً لكن لايمكن الوصول اليه .

ولا يبعد أن يكون حكمها التصدق لاطلاق حديث ابن مسلم (* ٤) فان اطلاق هذا الحديث يقتضي أن يتصدق به وعلى هذا هل يمكن الالتزام بأن حكم مال الامام عليه السلام كذلك بأن يتصدق به ؟ الظاهر انه ليس كذلك والوجه فيه انه مادام يمكن الايصال اليه لاتصل النوبة الى الصدقة . وبعبارة اخرى : يحرم التصرف في مال الغيروحيث انه عليه السلام يرضى بصرف ماله في بعض الوجوه فلا تصل النوبة الى الصدقة .

١) لاحظ ص : ٢٤

٢) لاحظ ص: ٢٢

٣) لاحظ ص: ٢١ و٣٣ و٣٤

٤) لاحظ ص: ٢٤

وان شئت قلت: صرفه في مورد العلم برضاه نحو من الايصال فيقدم على الصدقة . ان قلت: كيف يمكن التصدق بمجهول المالك بعد فرض ان التصدق نحو من التصرف؟ قلت: الأمركذلك لكن بعد وجود دليل الجوازلاتصل النوبة الى هذا الاشكال.

ان قلت: الأمر بالتصدق حيث انه وارد في مقام توهم الحظر لايدل على الوجوب مضافاً الى أن المذكور في حديث ابن مسلم (* 1) ليس بصورةالأمر فكيف نلتزم بوجوب التصدق ؟ قلت: الأمر الواقع في مقام توهم الحظر يتصور فيما نهى المولى من شيء ثم يأمر به كالأمر بالصيد بعد النهي عنه أو يكون المقام مقام النهي وفي المقام ليس كذلك وأما حديث ابن مسلم (* ٢) فالمستفاد منه ان احسن عمل بعمل في المال المذكور أن يتصدق به وحيث ان ابقاء المال نحو تصرف فيه وليس عليه دليل فبحكم العقل يلزم التصدق به ولا يبعد أن يستفاد من قوله عليه السلام «أفضل خصال» الخ الزام التصدق به و بعبارة اخرى: يكون المراد من الأفضل التعين كما يستعمل كثيراً في اللغة العربية وغيرها من اللغات فتأمل .

الفرع الخامس: لـو تلفت العين في يد الاخذ فتارة لايكون التلف موجباً للضمان واخرى يكون موجباً له أما على الاول _كما لو كان الآخذ باذن الشارع ولم يكن التلف بتفريط من ناحية الآخذ _ فالآمر ظاهر اى ليس على الآخذ شيء وأما على الثانى: فالذمة مشغولة ولابد من ابرائها ولا يبعد أن يستفاد مسن حديث ابن مسلم (٣٣) وجوب التصدق اذ العرف لايفهم فرقاً بين العين والدين منهذه

١) لاحظ ص: ٢٤

٢) لاحظ ص : ٢٤

٣) لاحظ ص: ٢٤ .

الجهة.

الفرع السادس: ان هذه الصدقة عن المالك أوعن الآخذ أو لاهذا ولاذلك؟ الحق هو الثالث اذ ليس في حديث ابن مسلم الالزام بنحو خاص ومقتضى قوله عليه السلام: « أن يتصدق بثمنه » وجوب التصدق.

الفرع السابع: ان الصدقة هـل توجب ضمان المتصدق أم لا ؟ الذي يختلج بالبال أن يقال : ان اليد الموضوعة على العين تارة لاتكون يد ضمان من اول الأمر واخرى تكون اليد يد ضمان فهنا مقامان :

أما المقام الأول: فالظاهر عدم الضمان لعدم المقتضي اذ المفروضان وضع البد باذن من الشارع وما على المحسنين من سبيل فلاتكون البد ضمانية ولاتشملها قاعدة على البد وأما دليل الاتلاف فليس مفادآية أو رواية بل مستفاد من الموارد ولا يمكن أن يشمل المقام اذ الظاهر من دليل التصدق ان وظيفة الاخذ هو التصدق وبه تتم وظيفته ولا يبقى عليه شيء مضافاً الى أنه لواشتغلت ذمته بالبدل يجبعليه التصدق به وهكذا فيلزم التسلسل وهو مقطوع البطلان فلا مجال لقاعدة الاتلاف واما الدليل الخاص المقتضى للضمان فلم يقم في المقام.

واما حديث ايداع اللص (* 1) الدال على كون مجهول المالك مثل اللقطة فهوضعيف سنداً واما قياس المقام على باللقطة والحكم بأنهما متحدان من حيث الحكم فتخرص بالغيب ويؤيد المدعى حديث البطائني (* ٢).

واما المقام الثاني فالحق فيه ايضاً عدم الضمان فان مقتضى قاعدة اليد الضمان لكن التصدي بأمر الشارع نحو من الآداء مضافاً الى انه لولاذلك يلزم التسلسل كما تقدم وحديث البطائني يؤيد المدعى .

١) لاحظ ص: ٢١

٢) لاحظ ص: ٢٣

الفرع الثامن: مل يجب ان يكون التصدق باذن الحاكم الشرعي ام لايلزم؟ الحق هو الثاني لعدم الدليل على ولايته و توقف التصدق على اذنه بل مقتضى الاطلاق عدم اشتراط التصدق باذنه نعم مقتضى الاحتياط ان يكون باذنه خروجاً عن شبهة الخلاف.

الفرع التاسع لسو تصدق بمجهول المالك وتكون العين باقية في يمد آخذ الصدقة فوجد المالك فهل له ان يأخذ العين من الاخذ ام لا ؟ الحق هو الثاني اذ بعد التصدق بحكم الشارع تصير ملكاً للاخذ ولا دليل على جو از استرداد المالك.

مضافاً الى انالمستفاد من جملة من النصوص عدم جواز الرجوع في الصدقة لاحظ ما رواه الحكم قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: ان والدي تصدق علي بدار ثم بداله أن يرجع فيهاوان قضا تنايقضون لي بهافقال: نعم ما قضت بهقضا تكم وبئس ما صنع والدك انما الصدقة لله عزوجل فما جعل لله عزوجل فلا رجعة له فيه الحديث (* ١).

وما رواه عبدالله بن سنان قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يتصدق بالصدقة ثم يعود في صدقته فقال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: انما مشل الذي يتصدق بالصدقة ثم يعود فيها مثل الذي يقىء ثم يعود في قيئه (* ٢).

وما رواه طلحة بن زيد عنجعفر عن أبيه عليهم السلام قال: من تصدق بصدقة ثم ردت عليه فلا يأكلها لأنه لاشريك لله عزوجل في شيء مماجعل له انماهو بمنزلة العتاقة لا يصلح ردها بعد ما يعتق (*٣).

١) الوسائل الباب ١١ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث: ٢

٣) نفس المصدر الحديث: ٣

وما رواه الحلبي عن أبي عبداقة طيه السلام قــال : قال رسول الله صلى الله عليه و آله : انما مثل الذي يرجع في صدقته كالذي يرجع في قيثه (*١) ·

وما رواه جراح المدايني عن أبي عبدالة عليه السلام انه قال: في الرجل يرتد في قيئه (* ٢) .

وما رواه على بن اسماعيل عمن ذكره عن أبي عبدالله عليه في الرجل يخرج الصدقة يريد أن يعطيها السائل فلا يجد قال: فليعطيها غيره ولايردهافي ماله (٣٣). وما رواه محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام في حديث قال: لايرجعفي الصدقة اذا ابتغى بها وجه الله عزوجل (* ٤).

وما رواه سماحة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل تصدق بصدقة على حميم أيصلح له أن يرجع فيها قال: لأولكن ان احتاج فليأخذ من حميمه من غير ما تصدق به عليه (* ٥).

فان المستفادمن هذه النصوص ان الصدقة لارجوع فيها ولا يخفى انمقتضى حديث محمد بن مسلم ان الصدقة لايرجع فيهاعلى الاطلاق بلا فرق بين المصدق وغيره فليس للمالك الرجوع فلاحظ ويستفاد من بعض النصوص ان قوام الصدقة بكونها لله تعالى لاحظ ما رواه حماد بن عثمان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لاصدقه ولا عتق الا مالا اربد به وجه الله عزوجل (* ٢).

١) نفس المصدر الحديث ٤

٢) نفس المصدر الحديث : ٥

٣) نفس المصدر الحديث: ٦

٤) نفس المصدر الحديث: ٧

٥) نفس المصدر الحديث : ٩

٦) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ٢

وما رواه ابن اذينة وابن بكير وغيرهم كلهم قالوا: قال أبوعبدالله عليه السلام لاصدقة ولا عتق الا ما اريد به وجه الله عزوجل (* ١) .

الفرع العاشر: هل يعتبر في آخذ الصدقة الفقر أم يجوز الاعطاء للاغنياء أيضاً؟ ربما يقال _كما عن صاحب الجواهرقدس سره _ جوازه بتقريب: انالادلة باطلاقها يقتضي التسوية بين الفقير والغني ورتب على مرامه جواز دفع سهم الامام عليه السلام الى الاغنياء لأن السهم المبارك حكمه التصدق.

ويرد عليه: ان المتبادر من مفهوم الصدقة اعتبار الفقر في المتصدق عليه ومع الشك في الصدق يلزم الاحتياط لعدم العلم بالبراءة الا بالاحراز وان شئت قلت: ان العين لما لكها ولا بدمن رفع الضمان والخروج عن العهدة احراز الطريق الشرعي ولا يحرز الا معرعاية القيد المزبور اضف الى ذلك قوله تعالى «انما الصدقات للفقراء والمساكين الاية » (*٢) .

وفي الاستدلالبالاية على المدعى نظر اذالظاهران الاية ناظرة الى بيان مصارف الزكاة الواجبة فان الاوصاف المذكورة في الاية مصارف الزكاة ومن الظاهر ان الاية لا التبعيض بأن يقال: ان الصدقة الواجبة للفقراء على الاطلاق والزكاة خاصة للاصناف وبعبارة واضحة: الاية خاصة ببيان مصارف الزكاة فلادلالة لها على مصرف الصدقة على نحو الاطلاق. نعم لااشكال في أن السيرة الخارجية جارية على عدم اعطاء الصدقة للغنى فلابد من اتمام الأمر بالسيرة والتسالم والاجماع ان تم .

الفرع الحادي عشر: انسه هل يجوز اعطاء الصدقة للهاشمى أم لا ؟ وقسد تعرضنا لهذه الجهة وتكلمنا حولها فسي كتاب الزكاة في ذيل مسألة (٦٩) فراجع

١) نفس المصدر الحديث: ٣

٢) التوبة / ٦٠

كتاب اللفطة ______ كتاب اللفطة _____

وانكان الحيوان لايقوى على الامتناع جاز اخــذه كالشاة واطفال الابل والبقر والخيل والحميرو نحوها (١ فان اخذه عرفه في موضع

المجلد السادس من هذا الكتاب ص: ٥٠١ - ٥٠٣ -

الفرع الثانيعشر: هل يجوز وضع آليد على مجهول المالك بعنوان ايصاله الى المالك أو النصدق به بعد وضع الغيريده عليه أم لا ؟ يمكن أن يقال: بأنه اذا كان الوضع السابق بعنوان التملك والتصاحب فلا يجوز واذاكان الغير يكون تصرفه ووضعه يده على المال عدوانيا فلااشكال في الجواز اذاكان بقصد الاحسان وايصال المال الى صاحبه أو العمل بالوظيفة المقررة وأما اذاكان السابق ايضاً يريد الايصال والاحسان فتارة يرضى بوضع الغير يده على العين فالظاهرانه لامانع من الوضع الثاني واخرى لايرضى وفي هذه الصورة لانرى مانعاً من الوضع اذاكان المال المال الى صاحبه اذ اطلاق الأدلة بالنسبة الى كلا الشخصين على السواء والله العالم .

1) عن النذكرة: نسبته الى علمائنا وعن بعض الاعيان: دعوى الاجماع على المجواز وعن بعض اجماع العامة على أن ضالة الغنم في الموضع المخوف له أكلها واستدل على الجواز أيضاً: بأنه في معرض النلف لعدم قدرته على الامتناع فهو كالتالف ويدل على الجواز بعض النصوص لاحظ ما رواه هشام بن سالم (*١) وما رواه معاوية بن عمار (* ٢) .

وما رواه ابن أبي يعفور قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: جاء رجل من المدينة فسألني عن رجل أصاب شاة فأمر ته أن يحبسها عنده ثلاثة أيام و يسأل عن صاحبها

١) لاحظص: ١٧

٢) لاحظ ص: ١٥

الالتقاط '' والاحوط أن يعرفه في مـا حول موضع الالتقاط أيضاً '' فان لم يعرف المالك جاز له تملكها والتصرف فيها بالاكل والبيع'' والمشهور انه

فان جاء صاحبها والا باعها وتصدق بثمنها (* ١) .

وما رواه على بن جعفر عن أخيه موسى بسن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل أصاب شاة في الصحراء هل تحل له ؟ قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: هي لك أو لأخيك أو للذئب فخذها وعرفها حيث اصبتها فان عرفت فردها الى صاحبها وان لم تعرف فكلها وأنت ضامن لها ان جاء صاحبها يطلب ثمنهاأن تردها عليه (* ٢) فالنتيجة: ان اصل الاخذ لااشكال فيه .

١) كما في رواية علي بن جعفر وعن العلامة في التذكرة: «ان الأقرب عدم وجوب التعريف لقوله صلى الله عليه وآله: «هي لك» بتقريب: ان الظاهر من هذه الجملة تملكها من غير تعريف. وفيه: انه صلى الله عليه وآله صرح في الرواية بقوله: «عرفها حيث أصبتها» ومع هذا التصريح لامجال لهذا التقريب واستدل صاحب الجواهر قدس سره على عدم وجوب التعريف بالاجماع وحال الاجماع في الاشكال معلوم.

لااشكال في حسن الاحتياط ولكن لم يظهر وجه هذا الاحتياط اذ قدصرح
 في حديث ابن جعفر (* ٣) بالتعريف حيث أصابه .

٣) كما صرح في حديث ابن جعفر فان قوله عليه السلام « فكلها » ظاهر بل
 صريح في جواز التملك وربما يقال: بأن حديث ابن جعفر يعارضه حديثه الاخر

١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب اللقطة الحديث : ٦

٢) نفس المصدر الحديث: ٧

٣) مر آنف**اً**

قال: سألته عن الرجل يصيب اللفطة دراهم أو ثوباً أو دابـة كيف يصنع؟ قال: يعرفها سنة قان لم يعرف صاحبها حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيها اياه وان مات أوصى بها قان أصابها شيء فهو ضامن (* ١).

فان مفاد هــذا الحديث وجوب التعريف اولا سنة والحفظ لصاحبه ثانياً فما التوفيق في الجمع بين الحديثين ؟ ويمكن الجواب عن هذا الاشكال : ان النسبة بين الحديثين بالعموم والخصوص لابالتباين فلا تعارضاذ هذاالحديث قد صرح بالدراهم والثوب والدابة في كلام السائل بعد سؤاله عن مطلق اللقطة وفي جواب السائل قال عليه السلام «يعرفها» اى اللقطة فغاية ما في الباب هوالاطلاق ولااشكال في أن الاطلاق قابل للتقييد .

١) قال في الجواهر (* ٢): وكذا لاخلاف اجده في أن الاخذ بالخيار ان شاء ملكها ويضمن مطلقاً حين النية على وجه بكون ديناً في ديونه كما هو المشهور الى آخر كلامه فهذا هو المشهور .

٢)كما صرحبه في حديث ابنجعفر فلاحظ فان مفاد هذا الحديث ان الضمان
 مشروط بمجيء صاحبها ومطالبة ثمنها .

٣) قال المحقق في الشرايع: «وان شاء احتسبها امانة في يده لصاحبها ولا ضمان » وقال في الجواهر في هذا المقام: «لم اتحقق فيه خلافاً » ويمكن أن يقال بأنه موافق للقاعدة لانه احسان والمفروض ان وضع اليد عليها باذن من مالك الملوك

١) الوسائل الباب ٢ من أبواب اللقطة الحديث: ١٣

۲) ج ۲۸ ص : ۲۳۲

ولاضمان عليه حينئذ".

(مسألة ٩): اذا ترك الحيوان صاحبه في الطريق فان كان قد أعرض عنه جاز لكل احدتملكه كالمباحات الاصلية (١ ولاضمان على

فلاريب في أنه احسان وما على المحسنين من سبيل .

 ١) اذ المفروض انه امين وقد أحسن ولا مقتضي للضمان بل المقتضي لعدمه موجود وهو نفي السبيل على المحسن فلاحظ .

فرعان: احدهما: ان الاخذلو مات بعد التملك فهل يتوجه التكليف الى وارثه بحيث يكون ضامناً مع رجوع المالك ام يختص حكم الضمان بالاخذ؟ لايبعد القول بالثاني اذ المفروض ان المال انتقل الى الاخذ بالتملك وضمانه بالرجوع قد ثبت وقد دل عليه النص ولا دليل على الضمان مع موت الاخذ.

ثانيهما: انه لو مات صاحب العين فهــل ينتقل هذا الحق اي حق الرجوع الى وارثه أملاً الأقوى هوالثاني اذ قابلية انتقال هذا الحق الى الوارث اول الكلام اذ ليس كل حق قابلا للانتقال كحق الحضانة ومن ناحية اخرى انــه لادليل على انتقال كل حق الى الوارث .

بقى شيء وهو ان الموضوع للاحكام المذكورة لا تختص _ كما في كلام الماتن بخصوص الشاة وعليه يتوجه السؤال بأنه ما الوجه في العموم فنقول أما الوجه في عموم الحكم فمضافاً الى عدم الخلاف والاجماع المدعى في المقام جملة من النصوص لاحظ احاديث هشام ومعاوية وعلي بن جعفر (*1) فإن المستفاد من هذه النصوص بالفهم العرفي ان الحيوان الذي لايقوى على الدفاع عن نفسه ولا يكون معرضاً للتلف يجوز وضع اليد عليه وأما الحيوان الذي يقدر على التعيش والدفاع عن نفسه فلا يجوز وضع اليد عليه فلاحظ .

٢) بناءً على كون الأعراض مخرجاً عن الملك كماهو كذلك فانه مقتضى السيرة

١) لاحظ ص : ١٧٠ و١٥ و ٤٤

الاخذ (اواذا تركه عن جهد وكلل بحيث لايقدر أن يبقى عنده ولايقدر أن يأخذه معه فاذاكان الموضع الذي تركه فبه لايقدر فيه الحيوان على النعيش فيه لانه لاماء فيه ولاكلاء ولايقوى الحيوان فيه على السعي اليهما جاز لكل احد اخذه وتملكه (" وأما اذا كان يقدر الحيوان فيه على التعيش لم يجز لاحد أخذه ولاتملكه (" فمن فه

الجارية ويكون خلافه مستنكراً في الاذهان والشاهـد عليه انه لو أعرض احد عن لبنات والفاها فيالمزبلة فأخذهاشخص وتملكها ووضعها فيبناء جدار داره فليس للمالك الاول الرجوع اليها وأخذها بل يعد خلافاً للشرع فلاحظ.

وربما يقال ان الاعراض لابد أن يكون ممن له الاهلية ومع الشك يكون مقتضى الأصل عدمه ويرد بأن السيرة جارية على جواز تملك المعرض عنه نعم لو ثبت عدم قابلية المعرض بأن يكون سفيها أومجنونا أوغير بالغ فيشكل الحكم بالجواز وهذا أمر آخر ويظهر من صاحب الجواهر (* ١) ان الحيوان لو تلف في فرض الأعراض لاضمان على الاخذ قطعاً ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه ابن سنان (* ٢) فان التسبب على ما يظهر من مجمع البحرين عبارة عن تركها .

- ١) لعدم ما يقتضي الضمان.
- ۲) ادعي انه الاشهر بل ادعي ان عامة المتأخرين عليه ويمكن الاستدلال عليه
 بما رواه السكوني (* ٣) والرواية محل الكلام سنداً .
- ٣) فان التفصيل المذكور يظهر من الخبر المزبور وبعبارة اخرى: المستفاد
 من الخبر المذكور ان المالك تبارة يترك الحيوان في مكان يقدر على التعيش بأن

١) جواهر الكلام ج ٣٨ ٢٢٩

٢) لاحظ ص: ١٨

٣) لاحظ ص : ١٨

أخذه كان ضامناً له (ا وكذا اذا تركه عن جهد وكان ناوياً للرجوع اليه قبل ورود الخطر عليه^{(۱} .

(مسألة ١٠): اذا وجد الحيوان في العمران وهو المواضع المسكونة التي يكون الحيوان فيها ماموناً كالبلاد والقرى وما حولها مما يتعارف وصول الحيوان منها اليه لم يجزله اخذه (٣ ومن اخده ضمنه (٤ ويجب عليه التعريف (٥ ويبقى في يده مضموناً الى أن يؤديه الى مالكه (١ فان يئس منه تصدق به باذن الحاكم الشرعي (٧ نعم اذا كان غير مأمون من التلف عادة لبعض الطواري لم يبعد جريان حكم

يوجد في ذلك المكان الكلاء والماه واذا لم يوجد ما يرتزق به ويعيش يقدر على التعيش بالسعي الى الماء والكلاء واخرى يتركه في معرض التلف أما على الاول فلا يجوز اخذه وأما على الثاني فيجوز .

- ١) لقاعدة اليد المقتضية للضمان.
- ٢) فان الضمان في هذه الصورة أيضاً لقاعدة اليد حيث لم يرخص الاخذ في
 الاخذ لامن ناحية الشارع ولا من ناحية المالك .
 - ٣) اذ التصرف في مال الغير بغير رضاه حرام ولا مجوز للأخذ .
 - ٤) لقاعدة اليد.
- ه)اذیجبعلیه أن یودیه الى مالکهوالتعریف مقدمة له فیجب لوجوبالمقدمة
 بوجوب ذیها .
 - ٦)كما هو مفاد قاعدة على اليد.
- ٧) قد تقدم الكلام بالنسبة الى هذه الجهة وان مقتضىالادلة وجوبالتصدق

غير العمران جواز تملكه فيالحال بعد التعريف ومن ضمانه لهكما سبق(١

(مسألة 11): اذا دخلت الدجاجة أوالسخلة في دارالانسان لا يجوز له أخذها (٣ وليس عليه شيء اذا لم يكن قد أخذها (٩ أما اذا أخذها ففي جريان حكم اللقطة عليها اشكال (٥)

أو جواز التملك بمقتضى حديث ابن مهزيار (* ١) ولا وجه للاعادة فراجع ما ذكرناه هناك .

١) بأن نقول: المستفاد من حديث ابن جعفر (* ٢) ان الحيوان الذي يكون
 في معرض التلف يكون حكمه كذلك بلا فرق بين العمران وغيرها والحق ان ما
 أفاده في المتن غير بعيد لكن الجزم به بحيث يفتى به مشكل فلاحظ.

٢) اذ المفروض انه مال الغير ولا يجوز التصرف في مال الغير .

٣) اذ يجوز افراغ الملك عن مال الغير فأنه من شئون الملكية والسلطة .

٤) اذ مع عدم الآخذ لاتتحقق قاعدة اليد وبدون الآخذ لامقتضى للضمان .

ه) قال في الجواهر (* ٣): « وعلى كل حال فلا وجه للتعريف لعدم تناول ادلـة التعريف لمثلها كغيرها مـن اللقطة الغير الجائزة وعلى تقديره فظاهر الخبر المزبوركون التعريف على الوجه المذكور » ومراده من الخبرما رواه ابن أبي يعفور (*٤).

١) لاحظ ص: ٣١

٢) لاحظ ص: ٤٤

٣) ج ٣٨ ص : ٢٥٢

٤) لاحظ ص : ٤٣

والاحوط التعريف بها حتى يحصل الياس من معرفة مالكها^{(۱} أـــم يتصدق بها^{(۱} ولايبعد عدم ضمانها لصاحبها اذاظهر^{(۱۳}.

(مسألة ١٢) : اذا احتاجت الضالة الى النفقة فان وجد متبرع بها أنفق عليها^{(٤} والا أنفق عليها من ماله^{(٥} ورجع بها على المالك^{(٦}

فان مقتضى اطلاق هذا الخبر ان الشاة المأخوذة على الاطلاق حكمها كذلك يخرج عن الاطلاق اذا دل الدليل على خلافه ويبقى الباقي لكن الرواية المذكورة ضعيفة بمنصور ومحمد بن موسى و بعد ضعف هذه الرواية وعدم شمول غيرها للمقام لابد من العمل على طبق القاعدة .

١) بــل لعله الأقوى اذ يجب اداء المال الـــى مالكه ومن مقدماته الفحص
 فيجب .

۲)بل لايبعدجواز التملك ووجوب الخمس بمقتضى حديث ابن مهزيار (*۱)
 ۳) لعدم ما يقتضي الضمان فان الاخذ لو تصدق بها بأمر من الشارع فلاوجه
 لتغريمه بعده وان شئت قلت: التصدق بأمر الشارع نحو من الاداء ومع الاداء

٤) ولا اشكال فيه .

لامجال للضمان فلاحظ.

ه) لأنه مال الغير ويجب حفظه فلابد من الأنفاق.

7) تارة يكون الاخذ غاصباً واخرى يكون اخذه جايزاً أما على الاول فالظاهر عدم جواز الرجوع لأن انفاقه ليس باذن المالك ولا بأمره وكذلك ليس باذن من الشارع اذ المفروض انه غاصب ومجرد عود نفسع الانفاق الى المالك لايقتضي الرجوع اضف الى ذلك ما رواه أبو ولاد قال: قلت قد علفته بدراهم فلي عليه

١) لاحظ ص: ٣١.

كتاب اللقطة ________ ١٥

علفه ؟ قال : لا لأنك غاصب (* ١) .

فان صريح الرواية يدل على أن الغاصب اذا أنفق على المغصوب ليس اله الرجوع على المالك مضافاً الى جميع ما ذكرنا ماهو المعروف بين القوم منأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال وأما اذا لم يكن غاصباً فما يمكن أن يستدل به على جواز الرجوع وجوه:

الوجه الاول: قاعدة لاضرر بتقريب: ان وجوب الانفاق عليه مع عدم الرجوع ضرر عليه والضرر مرفوع في الشريعة .

ويرد عليه : اولا ان هـذا الاستدلال يتم على مسلك المشهور في مفاد لاضرر لاعلى مسلكنا وثانياً : قد ثبت في محلمه ان القاعدة لاتثبت شيئاً بل مفاد القاعدة النفي .

اضف الى ذلك انه على مسلك المشهور يمكن أن يقال: بأن مقتضى القاعدة عدم وجوب الانفاق اذ المفروض ان الانفاق ضرر فلايجب كبقية الاحكام الضررية التي ترفع بالقاعدة وتوهم عدم جريان القاعدة لكونها خلاف الامتنان بالنسبة الى المالك مدفوع بأن الامتنان يلزم أن يكون بالنسبة الى من تشمله القاعدة لاالغير والمقام كذلك .

الوجه الثاني : حديث أبي ولاد (*7) فان المستفادمن الرواية ان الغاصب لكونه غاصباً ليس له الرجوع فالمقتضي للرجوع موجود لكن الغصب يمنع عن التأثير فمع عدم كونه غاصباً يجوز الرجوع.

الوجه الثالث: ما رواه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن اللقطة اذا كانت جارية هل يحل فرجها لمن التقطها ؟ قال: لاانما يحل

١) الوسائل الباب ٧ من أبواب الغصب

٢) لاحظ ص: ٥٠

واذا كان للقطة نماء أو منفعة استوفاه الملتقط ويكون بدل ما أنفقه عليها^{(١} ولكن بحسب القيمة على الاقوى^{(١} .

له بيعها بما أنفق عليها (* ١).

الوجه الرابع: ما ورد من النصوص فيما أنفق على اللفيط لاحظ احاديث حاتم بن اسماعيل وعبدالرحمن العزرمي ومحمد بن احمد ومحمد بن مسلم (*٢) فان المستفاد منها جواز الرجوع فيما أنفق اذ الظاهر عدم الفرق بين الموردين .

 ١) فيما يجوز له الاخذ فانه نقل (* ٣) عن الروضة عدم الخلاف في جواز الانتفاع .

٢) ربما يقال: ان هذا بعنوان التقاص واورد عليه بعدم رعاية شرائط التقاص فليس منه . وربما يقال: بأنه في مقابل ما ينفق واعترض عليه: بأن تحقق المعاوضة بين الاخذ والمالك الغائب خلاف القاعدة ولعل كلام الماتن ناظر الى أن المستفاد من النص جواز الانتفاع بحساب القيمة وبذلك المقدار لاحظ ما رواه محمد بن احمد (* ٤) .

ولا حظ مارواه أبو ولادقال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة والبعير رهناً بماله أله أن يركبه ؟ قال فقال: ان كان يعلفه فله أن يركبه وان كان الذي رهنه عنده يعلفه فليس أن يركبه (*٥).

وما رواه السكوني عن جعفر عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: الظهر يركب اذاكان مرهوناً وعلى الذي يركبه

١) الوسائل الياب ٢ من أبواب اللقطة الحديث : ٨

٧) لاحظ ص: ٧

٣) جواهر الكلام ج ٣٨ ص: ٢٦٦

٤) لاحظ ص: ٧

٥) الوسائل الباب ١٢ من أبواب الرهن الحديث: ١

(مسألة ١٣): كل مال ليس حيواناً ولاانساناً اذاكان ضائعــاً ومجهول المالك وهو المسمى لقطة بالمعنى الاخص(١.

نفقته والدريشرب «ويشرب الدريه» اذا كان مرهوناً وعلى الذي يشرب نفقته (*1) فان المستفاد من هذه الأحاديث بحسب الفهم العرفي انه يستفاد من العين بمقدار ما انفق عليها فلا تقاص ولا معاوضة بل اذن من الشارع في الانتفاع بهذا الحساب فلاحظ.

لكن الانصاف ان المسألة محل الاشكال اذ الحديثان الواردان في الرهنانما يدلان على جواز الانتفاع المرتهن فيما ينفق وأما التقدير بلحاظ القيمة فللايستفاد من الحديثين مضافاً الى أن الحديثين واردان في الرهن وأما حديث محمد بن احمد (* ٢) فالانصاف ان دلالته على المدعى تامة لكن السند مخدوش بمحمد بن احمد فان وثاقة الرجل محل الاشكال والتأمل .

١) قال في الجواهر (* ٣): « اللقطة لغة وعرفاً كل مال غير الحيوان الذي
 هو القسم الثاني ضائع اخذ ولايد عليه ولايد ملتقط سابق فانه وان صدق عليه انه
 مال ضائع الا انه سبقت عليه يد الالتقاط» الخ.

وهذا هو المعروف بين القوم في تعريف اللقطة فيخرج بقيد الضياع المال المجهول المالك المحكوم بحكم آخروبالقيد الثاني وهو الأخذمالم يؤخذالمال المطروح وبالقيد الأخير يخرج مالو اخذه من ملتقط آخر فلا يترتب عليه حكم اللقطة ويمكن أن يقال كما في كلام بعض الاصحاب : انه لم يظهر وجهالقيد الاخير بعد صدق اللقطة على المال المأخوذ من آخر فهل يمكن أن يقال: اذا أخذ

١) نفس المصدر الحديث: ٢

٢) لاحظ ص: ٧

٣) ج ٣٨ ص: ٢٧١

پجوز اخذه على كراهة^{(۱}

انسان لقطة ومات قبل التعريف ثم أخذه آخر لايجبعليه التمريف لأنه أخذه من سابق ؟ فالظاهر ان ما أفاده الماتن في التعريف بلا ذكر القيد الأخير هو الصحيح والله العالم .

ويمكن الاستدلال على الاطلاق باطلاق ببعض النصوص لاحظ ما رواه ابن جعفر (* ١) لكن مع الشك في الصدق كيف يمكن الآخذ بالاطلاق مع عدم جواز الآخذ بالدليل في الشبهة المصداقية .

وصفوة القول: انه مع احتمال القيد لامجال للأخذ بالاطلاق والذي يظهر من اللغة ليس فيه القيد المذكور فلاحظ.

1) لا يبعد أن يكون الوجه في الحكم بالجواز مع الكراهة ان المستفاد من جملة من النصوص عدم جواز الآخذ لاحظ ما رواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال: سألته عن اللقطة قال: لا ترفعوها فان ابتليت فعرفها سنة فانجام طالبها والا فاجعلها في عرض مالك يجري عليهاما يجري على مالك الى أن يجيء لها طالب (* ٢).

وما رواه أيضاً عن أبي جعفر عليه السلامقال: سألته عن اللقطة قال: لاترفعها فان ابتليت بها فعرفها سنة فان جاء طالبها والا فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري على مالك حتى يجيء لها طالب فان لم يجيء لها طالب فأوص بها في وصيتك (* ٣).

وما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن

١) لاحظ ص: ٤٤

٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب اللقطة الحديث: ٣

٣) نفس المصدر الحديث: ١٠

ولافرق بين ما يوجد في الحرم وغيره^{(١}

اللفطة يصيبها الرجل قال: يعرفها سنة ثم هي كسايرماله قال: وكان علي بن الحسين عليهما السلام يقول لأهله: لاتمسوها (* ١).

ومن ناحية اخرى: لااشكال في جواز الآخذ وعن الجواهر: يمكن دعوى القطع بفساد القول بالحرمة أو الضرورة فضلا عن الاجماع والحق كما أفاده فان جواز اخذ اللقطة من واضحات الفقه ومن الامور المرتكزة عند المتشرعة.

اضف الى ذلك ما يستفادمنه الجواز لاحظما أرسله الصدوق قال: قال الصادق عليه السلام: افضل ما يستعملها الانسان في اللقطة اذاو جدهاان لا يأخذها ولا يتعرض لها فلو ان الناس تركو ابما يجدونه لجاء صاحبه فأخذه وان كانت اللقطة دون درهم فهي لك فلا تعرفها فان وجدت في الحرم دينار أمطلساً فهو لك لا تعرفه وان وجدت طعاماً في مفازة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كله فان جاه صاحبه فرد عليه القيمة فسان وجدت لقطة في دار وكانت عامرة فهي لأهلها وان كانت خراباً فهي لمن وجدها (* ٢).

ولاحظ ما رواه زرارة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن اللقطة فأراني خاتما في يده من فضة قال: ان هذا مما جاء به السيل وانااريد ان أتصدق به (*٣) فان صريح الرواية انه عليه السلام اخذ ما جاء به السيل.

١) اختلفت اقوالهم في لقطة الحرم فذهب جملة من الاصحاب الى القول بحرمة الاخذ والعمدة النصوص الواردة ولابد من ملاحظتها وربما يستدل على الحرمة بقوله تعالى : « أو لم يروا انا جعلنا حرماً آمناً » (*٤) بتقريب : ان الله

١) نفس المصدر الحديث: ١٢

٧) نفس المصدر الحديث: ٩

٣) الوسائل الباب ٧ من أبواب اللقطة الحديث: ٣

٤) عنكبرت/٦٧

جعل الانسان امناً على نفسه وماله وهو ينافي جواز اخذه .

وفيه: ان الاية بظاهرها ــكما في جامــع الجوامع للطبرسي ــ ان الله جعل الانسان في الحرم امناً من القتل والنهب ومــن الظاهر ان جواز اخذ اللقطة بقصد العمل بالوظيفة وتعريفها للوصول الى مالكها لاينافي مفاد الاية .

واستدل على المدعى بجملة من النصوص: منها: ما رواه الفضيل بن يسار قال: سألت ابا جعفر عليه السلام عن لقطة الحرم فقال: لاتمس ابداً حتى يجيء صاحبها فيأخذها قلت: فانكانمالاكثيراً قال: فان لم يأخذها الامثلك فليعرفها (*١) بتقريب: انه نهى عن المس وفيه ان هذه الرواية تدل بالصراحة على الجوازمع قصد التعريف.

ومنها: ما رواه علي بن ابي حمزة قال: سألت العبد الصالح عن رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذه قال: بئس ما صنع ماكان ينبغي له أن يأخذه قلت: ابتلى بذلك قال: يعرفه قلت: فانه قد عرفه فلم يجدله باغياً قال: يرجع الى بلده فيتصدق به على اهل بيت من المسلمين فان جا طالبه فهو له ضامن (* ٢) وفيه: ان الرواية ضعيفة بالبطائني.

ومنها: ما رواه فضيل بن يسار قال: سألت اباعبدالله عليه السلام عن الرجل يجد اللقطة في الحرم قال: لايمسها واما انت فلا بأس لأنك تعرفها (*٣).

وفيه اولا: ان السند ضعيف بابن مرار وثانياً: قد مرالكلام في الاستدلال وان التعليل في الرواية يدل على الجواز فلاحظ.

١) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب مقدمات الطواف الحديث: ٢

٢) نفس المصدر الحديث: ٣

٣) نفس المصدر الحديث: ٥

وان كانت كراهة الاخذ في الأول أشد وآكد (١٠)

(مسألة ١٤)؛ لوانكسرت سفينة في البحرفما أخرجه من متاعها

ومنها: ما رواه على بن ابراهيم بن ابي البلادعن الماضي عليه السلام قال: لقطة الحرم لاتمس بيد ولا رجل ولو ان الناس تركوها لجاء صاحبها فأخذها (* ١).

وفيه: ان المرسل لااعتبار به وصفوة القول: انه كماقلنا يمكن اقامة الدليل على جواز اخذ لقطة الحرم كغيرها مضافاً السى طائفة اخرى من النصوص حيث يستفاد منها الجواز لاحظ ما رواه ابراهيم عمر عن ابي عبدالله عليه السلام قال: اللقطة لقطتان: لقطة الحرم وتعرف سنةفان وجدت صاحبها والاتصدقت بها ولقطة غيرها تعرف سنة فان لم تجد صاحبها فهى كسبيل مالك (٢٤).

وما رواه محمد بن رجاء الارجاني قال: كتبت الى الطيب عليه السلام: اني كنت في المسجد الحرام فرأيت ديناراً فأهويت اليه لاخذه فاذا انا بآخر فنحيت الحصى فاذا انا بثالث فأخذتها فعرفتها فلم يعرفها احد فما ترى في ذلك؟ فكتب فهمت ما ذكرت من امر الدنا نيرفان كنت محتاجاً فتصدق بثلثها و ان كنت غنياً فتصدق بالكل (٣٣).

وما رواه سعيدبن عمرو الجعفى (*٤) فانه يستفاد من هذه النصوص التسوية بين لقطة الحرم وغيرها في الحكم .

١) ويمكن ان يكون الوجه في الالتزام بالشدة فيها ورودنصوص خاصة فيها
 والله العالم .

١) الوسائل الباب ١ من أبواب اللقطة الحديث ٣

٢) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب مقلمات الطواف الحديث: ٤

٣) نفس المصدر الحديث: ٧

٤) الوسائل الباب ٦ من أبواب اللقطة وسيأتى في ذيل المسألة (٣٥)

١) هذا مقتضى القاعدة الأولية اذ المفروض انه لامقتضي لخروجه عن ملك
 مالكه فهو باق على ما كان .

جاز تملكها بمجرد الاخذ ولايجب فيها التعريف ولا الفحص عـن

۲) اذا كان الترك بعنوان الأعراض _ كما هو ليسببعيد _ فجواز تملكه على الفاعدة اذيكون كبقية المباحات الأصلية ويجوز تملكها كبقية المباحات لكن الظاهر من المتنان الغوص بنفسه سبب للتملك ولا يبعد ان يكون ناظراً الى النص الوارد في المقام لاحظ ما رواه السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام في حديث عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: واذا غرقت السفينة وما فيها فأصابه الناس فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله وهم أحق به وما غاص عليه الناس وتركه صاحبه فهو لهم (* ۱) .

فان ماأفاده في المتن مطابق لمفاد الرواية المذكورة لكن سند الرواية مخدوش أما برواية الكليني فضعيفة بالنوفلي وامامر سل الصدوق فلعدم اعتبار المرسلات واما ما نقله ابن ادريس فالظاهران البرنطي ارسل الحديث عن أمير المؤمنين عليه السلام فلا اعتبار به .

واما حديث الشعيري قال: سئل أبوعبدالله عليه السلام عن سفينة انكسرت في البحر فاخرج بعضها بالغوص واخرج البحر بعض ماغرق فيها فقال: اما ما اخرجه البحر فهو لأهله الله اخرجه واما ما اخرج بالغوص فهو لهم وهم احق به (* ٢) فهو ضعيف سندا أيضاً فلاحظ.

١) الوسائل الباب ١١ من ابواب اللقطة الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث: ٢

١) بلاخلاف اجده -كما في الجواهر - وعنالتذكرة لايجب تعريفه ويجوز تملكه في الحال عند علمائنا اجمع بل في موضع آخر منها : « لانعلم خلافاً بين أهل العلم في اباحة اخذ القليل والانتفاع به من غير تعريف » الى غير ذلك من كلماتهم الدالة على المدعى .

واستدل على المدعى بجملة من النصوص منها: ما رواه محمد بن أبي حمزة مرسلا عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن اللقطة قال: تعرف سنة قليلاكان أو كثيراً قال : وما كان دون الدرهم فلا يعرف (* ١).

وهذه الرواية تدل على عدم وجوب التعريف اذا كانت اللقطة دون الدرهم لكن السند مخدوش بالارسال ولا أثر لوجود ابن أبي عمير في السند مضافاً الى أن المرسل ليس هو بل ابن أبي حمزة فلاحظ .

ومنها: ما رواه أبو بصير عن ابي جعفر عليه السلام قال: من وجد شيئاًفهو له فليتمتع به حتى يأتيه طالبه فاذا جاء طالبه رده اليه (* ٢).

وهذه الرواية مخدوشة سنداً بابن حمادحيث انه لم يوثق وابراهيم بن اسحاق محل الاشكال والكلام لعدم توثيقه مضافاً الى أن المستفاد من هذه الرواية ان الواجد يملك ما وجده بلا احتياج الى التملك اضف الى ذلك ان مقتضى اطلاق الحديث عدم الفرق بين أفراد اللقطة والتسوية بين ما دون الدرهم وبين غيره والتخصيص بما دون الدرهم يوجب تخصيص الاكثر وهذا اشكال آخر في الرواية فلاحظ.

ومنها : ما ارسله الصدوق (٣٣) وهذه الرواية مخدوشة بالارسال مضافأ الى

١) الوسائل الباب ٤ من ابواب اللقطة الحديث: ١

٢) نفس المصدر الحديث: ٢

٣) لاحظ ص: ٥٥

ثم اذا جاء المالك فانكانت العين موجودة ردها اليه (1 وانكانت نالفة لم يكن عليه البدل⁽¹ وانكان قيمتها درهما فما زاد وجب عليه التعربف بها والفحص عن مالكها (¹

أن مفادها تحقق الملكية للواجد فلاحظ فالنتيجة : عدم قيام دليل على المدعى الا أن يتم الأمر بالاجماع وعدم الخلاف والتسالم على الحكم في الكل .

١) كما صرحبه فيخبر أبي بصير (* ١) وهذامقتضى القاعدة الأولية اذلاوجه
 للخروج عن ملك مالكه ومع بقائه في ملكه يجب الردكما هو ظاهر .

۲) لعدم الدليل على الضمان وبعبارة اخرى: لوقلنا بجواز التملك أوصيرورته ملكاً بنفسه فلا وجه للضمان وان شئت قلت: ان اليدعلى العين بعد التملك ليست يد ضمان فلا مقتضي للضمان لامن ناحية اليد ولا من تاحية الاتلاف فلا ضمان لكن انما يتم هذا البيان مع قطع النظر عن الاشكال في اسناد الروايات واما مع لحاظ ما ذكرنا من الاشكال فالحكم بعدم الضمان مشكل.

وصفوة القول: انه لادليل على عدم الضمان فلابدمن العمل على طبق القواعد فلاحظ الا أن يقوم أجماع تعبدي كاشف عن عدمه ولا يبعد ان الآخذ جايز كمامر ومع جواز اخذه شرعاً يكون امانة شرعية فلا ضمان.

٣) ادعي عليه عدم الخلافبل الاجماع وتدل على المدعى جملة من النصوص
 لاحظ ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: واللقطة يجدها
 الرجل ويأخذها قال: يعرفها سنة فانجاء لها طالب والا فهي كسبيل ما له (* ٢).

وما رواه كثير قسال: سأل رجل أمير المؤمنين عليه السلام عن اللقطة فقال: يرفعها فان جاء صاحبها رفعها اليه والاحبسها حولافان لم يجيء صاحبها أومن يطلبها

١) لاحظ ص: ٥٩

٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب اللقطة الحديث: ١

تصدق بها فان جاءصاحبها بعد ماتصدق بهاان شاء اغترمها الذي كانت عنده و كان الأجرله وان كره ذلك احتسبها والاجر له (*١) وما رواه محمد بن مسلم (*٢). وما رواه حنان قال ؟ سأل رجل أبا عبدالله عليه وانا اسمع عن اللقطة فقال: تعرفها سنة فان وجدت صاحبها والا فأنت أحق بها وقال: هي كسبيل مالك وقال: خيره اذا جائك بعد سنة بين اجرها وبين أن تغرمها له اذا كنت اكلتها (*٣).

وما رواه ابان بن تغلب قال : أصبت يومأثلاثين ديناراً فسألت أباعبدالله عليه السلام عن ذلك فقال: أبن اصبته ؟ قال : قلت له : كنت منصر فأالى منزلي فأصبتها قال : فقال : صر الى المكان الذي أصبت فيه فعرفه فان جاء طالبه بعد ثلاثة ايام فأعطه اياه والا تصدق به (* ٤) وما رواه محمد بن مسلم (* ٥).

وما رواه داود بن سرحان عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال : فـي اللقطة : يعرفها سنة ثم هي كساير ماله (* ٦) ولاحظ حديثي ابن جعفر (* ٧).

وما رواه أيضاً عن اخبه قال: وسألته عن الرجل يصيب اللقطة فيعرفها سنة ثم يتصدق بها فيأتي صاحبها ماحال الذي تصدق بها؟ ولمن الاجرهل عليه أن يردعلى صاحبها أو قيمتها قال: هـو ضامن لها والاجر له الا أن يرضى صاحبها فيدعها والاجر له (* ٨).

١) نفس المصدر الحديث ٢

٢) لاحظ ص: ٥٤

٣) الوسائل الباب ٢ من ابواب اللقطة الحديث : ٥

٤) نفس المصدر الحديث : ٧

٥) لاحظ ص: ٥٥

٦) الوسائل الباب ٢ من أبواب اللقطة الحديث : ١١

٧) لاحظ ص: ١٤ و٥٥

٨) الوسائل الباب ٢ من ابواب اللقطة الحديث : ١٤

فان لم يعرفها فانكان قد التقطها في الحرم فالاحوط أن يتصدق بها عن مالكها وليس له تملكها(١

1) قال في الجواهر في هذا المقام: « بلا خلاف اجده في الآخير الاماسمعته من المحكي عن التقي الذي قد تقدم الاجماع من الفاضل على خلافه » انتهى كما ان مقتضى الاصل عدم الجوازفان تملك مال الغير على خلاف الأصل الاولي ويعضد المدعى خلو جملة من النصوص عن جواز التملك منها: ما رواه يعقوب بن شعيب قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن اللقطة ونحن يومئذ بمنى فقال: أما بأرضنا هذه فلا يصلح وأما عندكم فانصاحبها الذي يجدها يعرفها سنة في كل مجمع ثم هي كسبيل ماله (* ١) ومنها حديثا الفضيل (* ٢).

ولابد من ملاحظة النصوص الواردة في المقام فنقول: مقتضى اطلاق بعض النصوص عدم الفرق بين لقطة الحرم ومطلق اللقطة لاحظ ما رواه الحلبي (*7) ولاحظ ما رواه محمد بن مسلم (*3) ولاحظ ما رواه محمد بن مسلم (*7) ولاحظ ما رواه على بن جعفر (*7) ولاحظ مارواه داود بن سرحان (*7).

ومقتضى اطلاق هذه النصوص عدم الفرق بين أفراد اللقطة وتخصيص لقطة

١) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الحديث : ١

٢) لاحظ ص: ٥٦

٣) لاحظ ص: ٦٠

٤) لاحظ ص: ٥٤

٥) لاحظ ص: ٦١

٦) لاحظ ص: ٥٤

٧) لاحظ ص: ٥٤

٨) لاحظ ص: ٦١.

وان التقطها في غير الحرم تخيربين امور ثلاثة: تملكها مع الضمان والتصدق بها مع الضمان وابقائها امانة في يده بلاضمان (١

الحرم بعدم جواز التملك يحتاج الى دليل مخرج ويستفاد من حديث فضيل بن غزوان قال : كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فقال له الطيار : اني وجدت ديناراً في الطوافقد انسحق كتابته قال : هوله (* ١) ان لقطة الحرم يصير ملكاً للملتقط اذاكان ديناراً قد انسحق كتابته والرواية ضعيفة بابن غزوان ومثلها في المفادو الضعف ما ارسله الصدوق (* ٢).

ويستفاد من حديث محمد بن رجاء (٣٣) التفصيل في لقطة المسجدالحرام وهذه الرواية ضعيفة بابن رجاء وفي المقام حديث رواه ابراهيم بن عمر (*3) ويستفاد من هذه الرواية بالصراحة ان حكم لقطة الحرم غير حكم لقطة غيرالحرم وان لقطة الحرم لابد من أنيتصدق بها ولا يجوز تملكهافان التقسيم قاطع للشركة ولا يبعد أن يكون سند الرواية تاماً فان النجاشي وثق الرجل وفي قباله نقل تضعيفه من ابن الغضائري لكن سيدنا الاستاد في مدخل الرجال ناقش في صحة انتساب الكتاب الى ابن الغضائري وقال: « ان النسبة لم تثبت وفالرواية تامة سنداً ودلالة فلاحظ.

١) في المقام فرعان: احدهما: انه يتخيربين التملكوالتصدق والحفظانانيهما
 انه عليه الضمان على الأولين دون الآخير فنقول: أما الفرع الاول: فهو المشهور
 على ما في بعض كلمات القوم ـ وعن التذكرة ان عليه الاجماع والعمدة النصوص

١) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب مقدمات الطواف الحديث: ٦ والباب ١٧ من أبواب اللقطة الحديث ١

٢) لاحظ ص: ٥٥

٣) لاحظ ص: ٥٧

٤) لاحظ ص: ٥٧

الواردة في المقام .

منها: ما رواه الحلبي (* ١) والمستفاد مـن هذه الرواية وجوب التعريف سنة وبعده تكون اللقطة ملكاً للملتقط.

ومنها: ما رواه محمد بن مسلم (* ٢) والمستفاد من هذه الرواية انه يجب تعريفها سنة وبعده يجوز النصرف فيها في عرض أمواله وان جاء طالبها يأخذها. ومنها: ما رواه حنان (* ٣) وهذه الرواية تدل على أن الملتقط احق بهابعد النعريف.

ومنها: ما رواه محمد بـن مسلم (* ٤) والمستفاد من هذه الرواية انه يباح التصرف فيها كبقية أمو اله الى أن يجيء صاحبها ويجب الايصاء بها .

ومنها : ما رواه ابن جعفر (* ه) وهذه الرواية كسابقتها غيسر انها تدل على الضمان .

ومنها: ما رواه أيضاً (* ٦) وهذه الرواية تدل على جواز التصدق وثبوت الضمان على المتصدق ويدل على جواز التصدق مارواه زرارة (* ٧) فالمتحصل من النصوص الواردة في المقام جواز جعل اللقطة كبقية أمواله وجواز التصرف

١) لاحظ ص: ٦٠

٧) لاخظ ص : ٥٥

٣) لاحظ ص: ٦١

٤) لاحظ ص: ٥٥

٥) لاحظ ص: ١٤

٦) لاحظ ص: ٦١

٧) لاحظ ص: ٥٥

(مسألة ١٦): المدار في القيمة على مكان الالتقاط وزمانه دون غيره من الامكنة والازمنة ١٠.

فيهاكيف ما يشاء وأيضاً يستفاد من بعض النصوص جو از التصدق بهاكما تقدم وأما جو ازحفظها لمالكها فيمكن أن يستدل عليه بالنصوص الواردة في المقام بالاو اوية فانه لوجاز التصرف فيها تصرفاً مالكياً فيجوز بطريق الاولى حفظها لمالكها مضافاً الى أنه احسان وماعلى المحسنين من سبيل ويضاف الى ذلك كله أن بعض النصوص صريح في كونه امانة في يده و لابد من حفظه .

وأما الفرع الثاني وهو الضمانعلى تقدير التملك والصدقة فقد دل عليه بعض النصوص كما تقدم وأما عدم الضمان مع الحفظ فالظاهر انبه المتسالم عليه بين القوم لكن المستفاد من خبر ابن جعفر (* 1) ثبوت الضمان بل يمكن أن يقال: ان مقتضى هذا الخبروجوب حفظها لمالكهاوالوصية بهافلايجوز تملكها والنصرف فيها وان شئت قلت: هذه الرواية تعارض النصوص الدالة على جواز التصرف فيها وتدل على وجوب الحفظ مع الضمان والترجيح على فرض التعارض مسع هذا الخبر بموافقتها للكتاب فان قوله تعالى: « ان الله يأمركم أن تؤدواالامانات الى أهلها » (* 7) يقتضي وجوب ردها الى مالكها كما ان الاحدثية تقتضي رجحانها على معارضها الا أن يقوم اجماع تعبدي على خلاف المدعى والله العالم وهو الهادي الى سواء السبيل ولايخفى انا ناقشنا اخيراً في الترجيح بموافقة الكتاب ومخالفة العامة وقلنا ان المرجح منحصر في الاحدثية وبينا المدعى في ضمن ومخالفة العامة وقلنا ان المرجح منحصر في الاحدثية وبينا المدعى في ضمن المجلد الثامن من هذا الشرح.

١) فانه المنساق من نصوص الباب بحسب الفهم العرفي .

١) لاحظ ص: ٥٤

٢) النساء/ ٢١

(مسألة ١٧): المراد من الدرهم ما يزيد على نصف المثقال الصير في قليلا فان عشرة دراهم تساوي خمسة مثاقيل صيرفية وربع مثقال ١٠٠.

(مسألة ۱۸): اذاكان الماللايمكن فيه التعريف امالانه لاعلامة فيه كالمسكو كات المفردة والمصنوعات بالمصانع المتداولة في هذه الازمنة أولان مالكه قد سافر الى البلاد البعيدة التي يتعذر الوصول البها أولان الملتقط يخاف من الخطر والتهمة ان عرف بها أو نحو ذلك من الموانع سقط التعريف (٢ والاحوط التصدق بها عنه (٣

١) قال في المستمسك (* ١): « لااشكال عندهم في أن الدرهم سبعه أعشار المثقال الشرعي وان كل عشرة دراهم سبعة مثاقيل شرعية كما نقله جماعة كثيرة وعن ظاهر الخلاف دعوى اجماع الأمة عليه وعن رسالة المجلسي: انه مما لاشك فيه ومما اتفقت عليه العامة والخاصة فاذا كان المثقال الشرعي ثلاثة أرباع المثقال الصير في يكون الدرهم نصف المثقال الصير في وربع عشره مثلا اذا كان المثقال الصيرفي اربعين جزءاً كان المثقال الشرعي ثلاثين جزءاً منها فاذا نقص منها ثلاثة أعشارها وهو تسعة كان الواحد والعشرين منها درهماً وهو نصف أربعين وربع عشرها».

لا أثر له وأما وجه عدم الوجوب في الصورة الآخيرة فيمكن أن الوجه فيه قاعدة لا أثر له وأما وجه عدم الوجوب في الصورة الآخيرة فيمكن أن الوجه فيه قاعدة رفع الضررحيث ان المعرف يتضرر بالتعريف وهذا يتم على مبنى القوم في القاعدة وأما على المختار فيمكن أن يقال: بأنه مع الحرج يرتفع الوجوب والا فلا.

٣) يمكن أن يكون الوجه في كونه أحوط انه لو تصدق به فقد جمع بين ما

۱) ج ۹ ص: ۱۲۰

وجواز التملك لايخلو من اشكال^{١١} .

يستفاد من حديث ابن جعفر (* ١) وما يستفاد من حديث ابن مسلم (* ٢).

۱) لعدم الدليل عليه في هذه الصورة بل قد مر انه لادليل على جواز التملك وانماالدليل على جواز التملك وانماالدليل على جوازالتصرف وقد تقدم ان مقتضى حديث ابن جعفرو جوب حفظه لمالكه ولكن في مفروض المسألة يمكن أن يقال: يجوز التملك لرواية ابن مهزيار (٣٣) ويجب الخمس فان مقتضى هذا الحديث كما تقدم جواز تملك مجهول المالك مع وجوب الخمس .

وبعبارة اخرى: لنا أن نقول: ان مقتضى حديث ابن مهزيار جواز تملك اللقطة بعد فرض عدم شمول دليل وجوب التعريف لها اذ يصدق عليها انها اخذ ولم يعرف له صاحب وقد ذكرنا سابقاً انه مع فرض التعارض بين هذه الرواية وحديث ابن مسلم (* ٤) الترجيح مع حديث ابن مهزيار بالاحدثية فلاحظ.

فالنتيجة : انه مع سقوط وجوب التعريف لعدم العلامة أو لوجه آخريمكن أن يقال : بجواز التملك مع وجوب الخمس لحديث ابن مهزيار .

ويمكن أن يقال: انه لاتعارض بين الحديثين اذ الخمس لايجب الا بعد المؤنة والمستفاد من حديث ابن مهزيار ان الخمس يجب فيه اذا زاد عن المؤنة ومقتضي حديث ابن مسلم انأحسن المصارف أن يتصدق به فلاتعارض بلاتعارض ولو مع قطع النظر عن هذه الجهة اذ حديث ابن مهزيار يدل على كونه مملوكاً للأخذ ولاريب في جواز تصرف الانسان في مملوكه ومقتضى حديث ابن مسلمان أفضل التصرفات هو التصدق.

١ و٢) لاحظ ص : ٦١ و٢٤

٣) لاحظ ص: ٣١

٤) لاحظ ص: ٢٤

مباني منهاج الصالحين ج ٨

(مسألة ١٩): تجب المبادرة الى التعريف من حين الالتقاط الى تمام السنة على وجه التوالي (أفان لم يبادر اليه كان عاصياً (أولكن لايسقط وجوب التعريف عنه بل يجب المبادرة اليه بعد ذلك الى أن يبأس من المالك (أوكذا الحكم لو بادر اليه من حين الالتقاط ولكن تركه بعد سنة أشهر حتى تمت السنة (فاذا تم التعريف تخير بين التصدق والا بقاء للمالك (أو اذا كان قد ترك المبادرة من حين الالتقاط لعذر أو ترك الاستمرار عليه كذلك الى انتهاء السنة فالحكم كذلك (اكنه لا يكون عاصياً (أو).

(مسألة • ٢): لاتجب مباشرة الملتقط للتعريف فتجوز له الاستنابة فيه بلااجرة أو باجرة ^{(٨}

اللظهور العرفي فانه لاينكر مضافاً الى أنها مال الغير فالتصرف فيها بالابقاء عنده بلا مجوز لاوجه له فلابد من التعريف فوراً على نحو التوالي الى آخر السنة .

٢) وقد ظهر الوجه فيما أفاده .

٣) اذ لاوجه لسقوط الوجوب بعد بقاء الموضوع فيجب عليه المبادرة الى التعريف الى حصول اليأس.

٤) اذ يجب تعريفها سنة والمفروض ان الواجب لم يتحقق .

ه) كما تقدم.

٦) اى فلابد من التعريف الى أن تتم السنة .

٧)كما هو ظاهر لعدم وجه للعصبان .

٨) قال في الجواهر: « لاخلاف في جوازالاستنابة بل الاجماع بقسميه عليه»

والاقوى كون الاجرة عليه لاعلى المالك^{(١} وان كان الالتفاط بنيــة ابقائها في يده للمالك^{(١}.

(مسألة ٢١): اذا عرفها سنة كاملة فقد عرفت انه يتخيربين التصدق وغيره من الامورالمتقدمة ولايشترط في التخيير بينها اليأس من معرفة المالك^٣

الخ وقد ورد في بعض النصوص ان صاحبها الذى يجدها يعرفها لاحظ حديث يعقوب بن شعيب (* ١) لكن العرف يفهم أنه لاخصوصية للملتقط قطعا كماقطع به في الجواهر .

- ١) لوجوب الفحص عليه ولا مقتضى لأخذ الاجرة عن المالك .
- ٢) قال في الجواهر : « نعم لو قلنا بعدم وجوب التعريف اذا كان الالتقاط
 للحفظ للمالك لاتجب عليه الاجرة كما عن التذكرة وجامع المقاصد » .

والذي يختلج بالبال أن يقال: انه مع وجوب الفحص كما هو كذلك وان الفحص واجب وان كان بنية الابقاء للمالك فيمكن أن يقال: بوجود المقتضي للأخذ عن المالك وربما يقال: انه لامقتضي للرجوع فانه حكم متوجه اليه فلاوجه لرجوعه على المالك وأما لو قلنا بعدم وجوب الفحص في هذه الصورة فلو تفحص بأخد الاجير فالظاهر _ والله العالم _ انه لامقتضي للاخذ عن المالك فان تغريم الغير يحتاج الى دليل ولادليل عليه ظاهراً نعم لورفع الامر الى الحاكم أمكن ان يقال: انه لولايته يستقرض على المالك والله العالم .

٣) الظاهر ان الوجه فيه اطلاق الادلة فان مقتضى عـدم التفصيل في نصو ص

١) لاحظ ص: ٢٢

نعم اذاكان يعلم الوصول الى المالك لوزاد فى التعريف على السنة فالاحوط لولم يكن اقوى ازوم النعريف حينئذ وعدم جواز التخيير (ا مسألة ٢٢): اذا كانت اللفطة مما لاتبقى كالخضر والقواكه واللحم ونحوها جازأن يقومها الملتقط على نفسه ويتصرف فيها بما شاء من أكل ونحوه ويبقى الثمن فى ذمته للمالك (٢

الباب عدم اختصاص الحكم بصورة اليأس لاحظ ما رواه الحلبي (* 1) وقس عليه بقية النصوص لكن يتوجه اشكال وهوان النسبة بين هذه النصوص وقوله تعالى (ان الله يأمر كم أن تؤدوا الامانات الى اهلها (* 7) عموم من وجه وفي مورد عدم اليأس من الوصول يقع التعارض ومقتضى الصناعة تقديم الاية الشريفة كما تقدم فلاحظ .

١) لا يبعد أن يقال: ان ادلة التملك والتصدق منصرفة عن هذه الصورة وهي صورة العلم بالوصول مضافاً الى ما ذكرناه آنفاً من كون النسبة بين هذه الادلة والكتاب عموم من وجه ويقع التعارض بين الطرفين في صورة العلم بالوصول واحتمال ومقتضى القاعدة تقديم الكتاب فان المخالف للكتاب لا يكون حجة ومضروب على الجدار فلا تغفل.

۲) ادعى في الجواهر عدم الخلاف فيه والاجماع عليه بقسميه واستدل عليه
 أيضاً بخبرين : احدهما : مرسل الصدوق (* ٣) .

ثانيهما : ما رواه السكوني عن ابي عبدالله عليه السلام ان اميرالمؤمنين عليه

١) لاحظ ص: ٦٠

۲) النساء/۲۱

٣) لاحظ ص: ٥٥.

السلام سئل عن سفرة وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وخبزها وجبنها وبيضها وفيها سكين فقال امير المؤمنين عليه السلام: يقوم مافيها ثم يؤكل لأنه يفسدوليس له بقاه فان جاه طالبها غرموا له الثمن الحديث (* ١).

اقول: اما عدم الخلاف فليس من الادلة كما هوظاهرواما الاجماع فالمنقول منه لايكون حجة كما حقق في محله والمحصل منه على فرض تحققه يحتمل ان لايكون اجماعاً تعبدياً كاشفاً عنرأى المعصوم عليه السلام واما الخبران فالأول منهما ضعيف بالارسال والثاني منهما ضعيف بالنوفلي فسلا دليل على المدعى ومقتضى القاعدة الاولية عدم جواز التصرف في مال الغير الا بمجوز شرعى .

ثم انه هل يجوز بيعه ؟ ربما يقال: بالجواز بدعوى القطع بعدم الفرق بين التقويم والبيع والمفروض ان التقويم جايز بمقتضى النص والاجماع وفيه: انه قد مر الاشكال في الاستدلال وبعد عدم تمامية الاستدلال على أصل الحكم لاتصل النوبة الى هذا البيان كما هو واضح.

وأما الاستدلال على الجواز بما رواه ابس جعفر (* ٢) فيرد عليه ان جواز البيع في صورة خاصة لايكون دليلا على الجواز على نحو الاطلاق . ثم ان هل يجوز رفع أمره السى الحاكم ؟ الظاهر انه يجوز لأنه ولي الغائب فيجوز تسليمه اليه وهل يسقط وجوب التعريف مع التسليم اليه أم لا؟ ربما يقال: بوجوبه بدعوى اطلاق دليله واستصحابه وربما يقال بالعدم بدعوى ان التسليم الى الحاكم كايصاله الى المالك .

ويمكن أن يقال: بأن الترجيح مع القول الثاني أما الاطلاق فلا مجال لهاذ

١) الوسائل الباب ٢٣ من أبواب اللقطة

٢) لاحظ ص: ٥١

كما يجوز له أيضاً بيعها علىغيره ويحفظ ثمنها للمالك" والاحوط

الظاهرمن النصوص ان التعريف فيمورد مال يترتب عليه أحكام خاصة بعدالتعريف وبعبارة اخرى : المستفاد من الدليل ان التعريف ظاهر في تعريف نفس مال الغير والمفروضانه غير باق في المقام اي لايبقي وأما الاستصحاب فلامجال له اولابعدم جريان الاستصحاب في الحكم الكلي وثانياً: بعدم بقاء الموضوع اضف الى ذلك كله انه مع التسليم الى الحاكم وهو ولي الغائب قــد أوصل المال الى المالك بنحو من الايصال ومع الايصال لامجال للتعريف .

اذا عرفت ما تقدم فاعلمان الذي يختلج بالبال أن يقال: تارة يكون الملتقط آيساً عن الوصول الى المالك واخرى لايكون كذلك أما في الصورة الأولى فلا يبعد أن يقال: بصيرورته ملكاً للملتقط معوجوب الخمس لرواية ابن مهزيار (*١) ولا يشمله دليل أحكام اللقطة لفرض عدم امكان بقائها وأما في الصورة الثانية فمسع وجود الحاكم يجب رفع أمرها اليه لكونه وليأعلى الغائب ومع عدم الحاكم الشرعي بأن لايمكن رفع الأمر الى الفقيه ولاالي العادل يجوز التقويم والتصرف كما يجوزبيعها اذالمفروضان الملتقطبنفسه له الولاية ولافرق بين التقويم والبيع فيجوز كلاهما وبجب عليه الفحصعن المالك اليأن ييأس منه لوجوب ردالامانات الى اهلها بمقتضى قوله تعالى: «ان الله يأمركم انتؤدوا الأمانات الى اهلها (*٢) ولا يخفى انه لايتصور عدم امكان الوصول الى الحاكم الشرعي اذ مععدم الفقيه الجامع تصل النوبة الى العادل ومع عدمه تصل النوبة الى الفاسق المؤمن فبكون الملتقط وليأ الا في فرضعدم كونه مؤمناً بأن يكون مخالفاً أو كافراً فلاحظ

١) قد ظهر مما ذكرنا انه لامجوز للبيع بل يجب رفع أمرها الى الحاكم.

١) لاحظ ص: ٣١

٢) النساء/ ٢١

أن يكون بيعها على غيره باذن الحاكم الشرعي^{(۱} ولايسقط التعريف عنه على الاحوط بل يحفظ صفاتها و يعرف بها سنة فان وجد صاحبها دفع اليه الثمن الذي باعها به أوالقيمة التي في ذمته (۲ والالم يبعد جريان التخيير المتقدم^{(۲}.

(مسألة ٢٣): اذاضاعت اللقطة من الملتقط فالتقطها آخروجب عليه التعريف بها سنة فان وجد المالك دفعها اليه (أ وان لم يجده ووجد الملتقط جاز دفعها اليه اذاكان واثقاً بانه يعمل بوظيفته (أ وعليه اكمال التعريف سنة ولو بضميمة تعريف الملتقط الثاني (أ فان لم يجد احدهما حتى تمت السنة جرى عليه التخيير المتقدم (٧).

(مسألة ٢٤): قد عرفت انه بيمتبر تنابع التعريف طوال السنة فقال بعضهم يتحقق التنابع بأن لاينسى اتصال الثاني بما سبقه وانــه

١) بل يتعين الرجوع الى الحاكم كما مر .

٢) قد تقدم الاشكال فيما أفاده وقلنا بأن دليل التعريف لايشمل المقام .

٣) على ما ذكرنا لايبقى مجال لما أفاده كما هو ظاهر.

٤) لاطلاق الادلة فان مقتضاها عدم الفرق بين سبق الالتقاط وعدمه.

ه) لتحقق الموضوع بالنسبة الى كليهما فلا وجه للترجيح وعليه لوكان واثقاً
 بأنه يعمل بالوظيفة لامانع من الدفع اليه لأن يعمل على طبقها

٦) اذ المطلوب تحقق التعريف سنة وقد مر انه يحصل بالنيابة بــل بالتبرع
 فلاحظ .

٧) وقد مر الكلام حول المسألة .

تكرارلما سبق ونسبالى المشهورانه يعتبرفيه أن يكون في الاسبوع الاول كل يوم مرة وفي بقية الشهر الاول كل اسبوع مرة وفي بقية الشهر الاول كل اسبوع مرة وفي بقية الشهور كل شهر مسرة وكلاالقولين مشكل واللازم الرجوع الى العرف فيه ولا يبعد صدقه اذا كان في كل ثلاثة أيام مرة (١٠).

 ١) لم نجد نصاد الاعلى نحوخاص والأولى كمافي الجواهر ايكاله الى العرف فان الواجب تحقق التعريف وقلنا يعتبر فيه التتابع وعليه يتحقق الامتثال بالصدق العرفى فلاحظ.

ايقاظ: قد وردت (* ١) في جملة من الروايات ان تعرف اللقطة سنة وقــد افيدت في المقام امور ثلاثة:

الأول: ما أفاده السيد اليزدي في الحاشية بأن التحديد بالسنة للمنتهى بمعنى انه لو لم يحصل اليأس لايجب الفحص الاكثر وأما لـو حصل اليأس قبل تمام السنة أو قبل الشروع لايجب الفحص.

الثاني : ان التحديد بالسنة محمول على الغالب حيث انه يحصل اليأس في هذه المدة وانما المناط حصول اليأس بلا مدخلية للسنة .

الثالث: ان التحديد بالسنة امر تعبدي سواء حصل اليأسعن الظفر بالمالك قبل مضي السنة أم بعده فلابد من رعاية الحد واختار سيدنا الاستاد هذا الوجه بتقريب: ان الاطمينان حجة عقلائية فيما لم تقم امارة شرعية على خلافه وقداعتبر الشارع السنة في وجوب الفحص فلابد من رعايته.

والذي يختلج بالبال أن يقال: ان المستفاد من النصوص وجوب رعاية الحد وجعله ميزاناً ولا يرفع اليد بالاطمينان بعدم الوصول أو بالوصول بل لاأثر للعلم

١) مصباح الفقاهة ج ١ ص: ١٦٥

نظير جعل العدة فانها واجبة ولو مع القطع بعدم ترتب الحمل وبعبارة اخرى : الحكم لايدور مدار الحكمة .

وان شئت قلت: الحكمة غير العلة اى تكون مقتضية لجعل الحكم على نحو العموم والسريان واو مع القطع بعدمها في بعض المصاديق كالعدة وقد تقدم منا انه مع العلم بالوصول الى المالك لايمكن العمل بالنصوص لمعارضتهامع الاية الشريفة « ان الله يأمركم » فانه مع العلم بالوصول والفحص عن المالك أزيد من السنة يكون مقتضى الاية هو الوجوب وقلنا بأن الايه تقدم على الرواية في مورد التعارض ولكن يشكل ماذكر من ناحية اخرى وهو ان الملتقط اما يقطع بعدم الوصول أو يقطع بعدم الوصول الاية واما مع القطع بعدم الوصول فيجوز التملك مع وجوب الخمس بمقتضى الاية واما مع القطع بعدم الوصول فيجوز التملك مع وجوب الخمس بمقتضى حديث ابن مهزيار (* ١) ويترتب على ما ذكر سقوط ادلة اللقطة عن الاعتبار اذ لا يبقى لها مورد وهذا بنفسه يكون مرجحاً لنصوص اللقطة وادلتها .

فالنتيجة: ان الميزان تعريف اللقطة سنة كاملة عملا بالرواية ولكن معذلك مسع القطع بعدم ترتب أثر على الاعلام لايمكن الالتزام بوجوبه فانه يفهم مسن الدليل ان الفحص انما يكون في مورد يحتمل ترتب اثرعليه فلوقطع بعدم فائدة في الفحص لايكون الاعلام واجباً وامسا بعد تمسام السنة لو قطع بالوصول الى المالك مع الاعلام والفحص فلنا أن نقول بعدم وجوب التعريف.

وصفوة القول: انه من المرجحات في باب التعارض انه يقدم الطرف الذي لو لم يقدم على معارضه لايبقى له مورد وفي المقام لو قدم معارض اخبار اللقطة عليها من الاية والرواية لايبقى موردلها فلاحظ.

١) لاحظ ص : ٣١

(مسألة ٢٥): يجب أن يكون التعريف في موضع الالتقاط ولا يجزي في غيره (المعم اذا كان الالتقاط في الزقاق اجزأ التعريف في الصحن أو في السوق أو ميدان البلد (أما اذا كان الالتقاط في الففار والبراري فان كان فيهانز ال عرفهم (أو ان كانت خالية فالاحوط التعريف في المواضع القريبة التي هي مظنة وجود المالك (أو يجب أن يكون في مجامع الناس كالاسواق ومحل اقامة الجماعات و المجالس

1) الظاهر ان المراد من العبارة ان التعريف لابد أن يكون في محل الالتقاط فلا يجزيء التعريف في محل آخر فلو التقط في قم لااثر للتعريف في بلد آخر ولا يكون المقصود وجوب التعريف في شخص محل الالتقاط فانه لم يعهد مضافاً الى عدم الدليل عليه بل الظاهر من الادلة كفاية التعريف في المجا مع لاحظ ما رواه يعقوب بن شعيب (* 1) ولاحظ ما رواه ابو خديجة (* ٢).

وصفوة القول: أن الظاهر من الأدلة حسب الفهم العرفي وجوب التعريف في محل الالتقاط في المجامع العامة التي يظنوجود المالك فيها نعم يظهر من خبر أبان (*٣) وجوب التعريف في موضع الالتقاط لكن الخبر ضعيف .

٢) كما صرح به في خبر ابن شعيب حيث قال عليه السلام « يعرفها سنة في
 كلمجمع » .

- ٣) فانه المناسب حسب الفهم العرفي .
- ٤) لااشكال في انه احوط ولكن لادليل على لزومه .

١) لاحظ ص: ٢٢

٢) لاحظ ص: ١١

٣) لاحظ ص: ٦١٠

العامة ونحو ذلك مما يكون مظنة وجود المالك" .

(مسألة ٢٦): اذا النقط في موضع الغربة جازله السفر واستنابة شخص امين في التعريف (ولايجوز السفر بها الى بلده (تعم اذا النقطها في منزل السفر جازله السفر بها والتعريف بها في بلدالمسافرين (قو كذا اذا النقط في بلده فانه يجوزله السفر واستنابة امين في التعريف (قو كذا اذا النقط في بلده فانه يجوزله السفر واستنابة امين في التعريف (قو كذا اذا النقط في بلده فانه يجوزله السفر واستنابة امين في التعريف (قو كذا اذا النقط في بلده في التعريف (قو كذا اذا النقط في النعر به النقط في التعريف (قو كذا اذا النقط في النعر به النقط في النعر به النعر به النقط في النعر به الن

(مسألة ٢٧): اللازم في عبارة التعريف مراعاة ما هو أقرب الى تنبيه السامع لتفقد المال الضايع وذكر صفاته للملتقط فلايكفي أن يقول منضاع له شيء أو مال بللابدأن يقال منضاع له ذهب أو فضة أواناء أو ثوب أو نحو ذلك مع الاحتفاظ ببقاء الابهام لللفطة فلايذكر جميع صفاتها وبالجملة يتحرى ما هو أقرب الى الوصول الى المالك فلا يجدي المبهم المحض غالباً ولا المتعين بل أمر بين الامرين ".

١)كما هو مورد النصوص .

٢) قد مر انه يجوز الاستنابة.

٣) قد تقدم ان النعريف يلزم ان يكون في محل الالتقاط .

٤) اذ بلادهم محل اجتماعهم فيناسب ان يعرف هناك .

ه) فانه قد مر عدم وجوب مباشرة التعريف.

٦) قال المحقق قدسسره في الشرايع ـ على ما نقل عنه في الجو اهر ـ : « لو أو غل في الابهام كان احوط كأن يقول : من ضاع لهمال أو شيء فانه أبعد ان يدخل عليه بالتخمين » .

والحقكما أفاده ولا وجه ظاهرألما افاده فيالمتن فان الواجب التعريفوأما

(مسألة ٢٨): اذا وجد مقداراً من الدراهم أو الدنانير وأمكن معرفة صاحبها بسبب بعض الخصوصيات التي فيها مثل العدد الخاص والزمان الحاصل و المكان الخاص وجب التعريف ولاتكون حينتذ ممالاعلامة له الذي تقدم سقوط التعريف فيه (١).

(مسألة ٢٩): اذا التقط الصبي أوالمجنون فان كانت اللقطة دون الدرهم جاز للولي أن يقصد تملكها لهما وان كانت درهما فما زاد جاز لوليهما التعريف بها سنة وبعد التعريف سواء أكان من الولى أم من غيره يجري التخيير المتقدم (٢).

(مسألة ٣٠): اذا تملك الملتقط اللقطة بعد التعريف فعرف صاحبها فانكانت العين موجودة دفعها اليه وليس للمالك المطالبة

تحري ما هو أقرب الى الوصول فلادليل على وجوبه نعم لااشكال في جوازه كما في الجواهر فلاحظ .

١) اذ فرض انه ذو علامة يمكن أن يعرف بها .

۲) قد تقدم الاشكال في جواز التملك ولكن على القول به الظاهر انه لامانع من تولي قصد الولي التملك للمجنون بل لاأرى مانعاً من تحقق التملك بقصد المجنون نفسه التملك الا ان يقوم اجماع على خلافه واما بالنسبة الى الصبي فيشكل حيث ان عمده وخطائه واحد ومما ذكر نا يظهر الاشكال في التخيير المذكور اذا كان درهماً فما زاد اذ لا يترتب على فعله حكم بل لا يقع الامر بالنسبة الى المجنون أيضاً لانه رفع عنه الفلم حتى يفيق فلا يكون موضوعاً للتكليف ومع عدم كونه موضوعاً للتكليف ومع عدم كونه موضوعاً للمجال للتولى والنيابة من قبل الولى فلاحظ.

بالبدل (اوان كانت تالفة أو منتقلة عنه الى غيره بهيم أو صلح أو هبة أو نحوها كان للمالك عليه البدل المثل في المثلى والقيمة فى القيمى (وان تصدق الملتقط بها فعرف صاحبها غرم له المشل أو القيمة وليس له الرجوع بالعين ان كانت موجودة و لا الرجوع على المتصدق عليه بالمثل أو القيمة ان كانت مفقودة هذا اذ لم يرض المالك بالصدقة و الافلا

١) أما على القول بعدم جواز التملك فسا أفاده ظاهر اذ لاوجه لتبدل العين ببدلها بلهي بنفسها باقية على ملك مالكها واما على القول بجواز التملك فايضاً مقتضى جملة من النصوص انها ترجع الى مالكها الاول لاحظ حديثي محمد بن مسلم (* ١) وحديث على بن جعفر (* ٢).

واستدلصاحب الجواهر على المدعى بمارواهِ ابو بصير (٣٣) وهذه الزواية على فرض تمامية سندهالايمكن الاستدلال بهاعلى المدعى اذلااشكال في عدم شمولها للمقام لأن اللقطة لها حكم خاص ولذا حملها صاحب الوسائل على ما دون الدرهم واستدل أيضاً بمارواه ابو خديجة (٤٤) ولا بأس بدلالتهاعلى المدعى لكن السند مخدوش.

١) لاحظ ص: ٥٥

٢) لاحظ ص : ٤٤

٣) لاحظ ص: ٥٩

٤) لاحظ ص: ١١

(مسألة ٣١): اللقطة امانة في يد الملتقط لايضمنها الابالتعدي عليها أو التفريط بها^٣ ولا فرق بين مدة التعريف وما بعدها^٣ نعم اذا تملكها أو تصدق بها ضمنها على ما عرفت (٤).

(مسألة ٣٢): المشهور جوازدفع الملتقط اللقطة الى الحاكم فيسقط وجوب التعريف عن الملتقط (* وفيه اشكال وكذا الاشكال في جواز أخذ الحاكم لها أووجوب قبولها(٦.

أبي الحسن عليه السلام (* ١).

١)كما يدل عليه ما رواه ابن جعفر (* ٢).

٢) كماهوحكم الامانات لكنما تقدم آنفاً من الحديث المروى عن أبي الحسن عليه السلام (* ٣) يدل بالصراحة على الضمان بالاتقبيد بقيد الا أن يتمسك بالاجماع على عدم الضمان والله العالم .

٣) لوحدة الملاك.

٤) وقد تقدم مستند الحكم .

ه قال في الجواهر في شرحقول المحقق في هذا المقام « فانه جايز لأنه ولي الغائب في الحفظ بل في المسالك يجب عليه القبول لأنه معد لمصالح المسلمين ومن أهمها حفظ اموالهم » الخ .

٦) الظاهر ان الوجه في الاشكال ان ولاية الحاكم من بابالحسبة ومن الظاهر

١) لاحظص: ٤٤

٢) لاحظ ص: ٦١

٣) لاحظ ص: ٤٠٤

(مسألة ٣٣): اذاشهدت البينة بأن مالك اللقطة فلان وجب دفعها اليه (المسقط التعريف أم في أثبائه أم بعده (اليه تبل التعريف أم في أثبائه أم بعده أم بعده (اليه وان كانت الملك فقد عرفت انه اذا كانت موجودة عنده دفعها اليه وان كانت الفة أو بمنزلة التلف دفع اليه البدل وكذا اذا تصدق بها ولم يرض بالصدقة (الله و

(مسألة ٣٤): اذا تلفت العبن قبل التعريف فمان كانت غير مضمونة بمأن لايكون تعد أو تفريط سقط التعريف (أوروا كانت مضمونة لم يسقط وكذا اذاكان التلف في أثناء التعريف ففي الصورة الاولى يسقط التعريف وفي الصورة الثانية يجب اكما له فاذا عرف

ان وظيفة الملتقط الفحص ثم الحفظ او التخييربين الامور الثلاثة على القول به فلا وجه لدخالة الحاكم وان شئت قلت : تصل النوبة الى الحاكم فيما يكون المال في معرض النلف واما مع قيام الملتقط بوظيفته فلا مجال لدخالة الحاكم . وعلى الجملة : ان الملتقط مكلف بتكليف خاص وليس له رفع اليد عن وظيفته .

- ١) لحجية البينة .
- ۲) اذ لامعنى للتعريف بعد معرفة المالك وايصال الامانة اليه كما هو أوضح
 من أن يخفى .
- ٣) اذ البينة حجة وبعد قيامها يثبت شرعاً ان فلاناً هو المالك فلاييقى موضوع
 لأحكام اللفطة .
 - ٤) قد تقدم الكلام حول المسألة فراجع .
 - ه) الامركما افاده لكن قد مرالاشكال في الحكم بعدم الضمان فلاحظ.

(مسألة ٣٥): اذا ادعى اللقطة مدع وعلم صدقه وجب دفعها اليه (٢ وكذا اذا وصفها بصفاتها الموجودة فيها مع حصول الاطمينان بصدقه (٣ ولا يكفي مجرد التوصيف بل لا يكفي حصول الظن (٤ .

١) اذ المفروض تحقق الضمان ويجب على الضامن الخروج عـن العهدة .

ان قلت: التعريف بمقدار خاص ثم ترتيب احكام مخصوصة آثار للعين حسب دلالة الادلة والمفروض تلف العين فما وجه ترتيب تلك الآثار على الضمان الناشيء عن التلف ولذا نرى ان الفقهاء لايرتبون تلك الآثار على مطلق مجهول المالك كما لو سرق شيئاً ثم ندم واراد التخلص من المظلمة ولكن لا يعرف صاحب المال قلت الآمركما ذكرت لكن لا يعد ان العرف لا يفرق بين العين وبدلها في تلك الاحكام والاثار ولكن الانصاف ان في النفس شيئاً.

- ٢) بلااشكال .
- ٣) لحجية الأطمينان عند العقلاء وقد امضاه الشارع .
- عبد الجعفي بلحاظ تقرير الامام عليه السلام ان التوصيف يكفي في الدفع قال: سعيد الجعفي بلحاظ تقرير الامام عليه السلام ان التوصيف يكفي في الدفع قال: خرجت الى مكة وانا من اشد الناس حالا فشكوت الى أبي عبدالله عليه السلام فلما خرجت من عنده وجدت على بابه كيساً فيه سبعماة دينار فرجعت اليه من فوري ذلك فأخبرته فقال: يا سعيد اتق الله عزوجل وعرفه في المشاهد _ وكنت رجوت ان يرخص لي فيه _ فخرجت وانامغتم فأتيت منى فتنحيت عن الناس و تقصيت حتى اتبت المافوقة فنزلت في بيت متنحياً عن الناس ثم قلت: من يعرف الكيس فأول صوت صوته اذا رجل على رأسي يقول: انا صاحب الكيس فقلت في نفسي

أنت فلاكنت قلت: ما علامة الكيس؟ فأخبرني بعلامته فـدفعته اليه قال: فتنحى فاحية فعدها فاذا الدنانير على حالها ثم عـد منها سبعين ديناراً فقال: خدها حلالا خير من سبعمائة حراماً فأخذتها ثمدخلت على ابي عبدالله عليه السلام فأخبرته كيف تنحيت وكيف صنعت فقال: اما انك حين شكوت الي امرنا لك بثلاثين ديناراً يا جارية هاتيها فأخذتها وانا من احسن قومي حلالا (* ١).

لكن الحديث مخدوش سنداً بالجعفي حيث انه لم يوثق بقي في هذاالفرع أمران :

احدهما : ان المدعي لملكية اللقطة اذا كان ثقة فهل تدفع اليه بلا بينة أم لا ربمـا يقال : بجواز الدفع بل بوجوبه لحجية قول الثقة في الموضوعات وانمـا لانلتزم بالكفاية في باب الدعاوي والقضاء لدليل خاص .

ولكن يمكن أن يرد على هذاالنقريب بأن حجية قول الثقة في الموضوعات ليسمدلول آية او رواية بلبلحاظ جريان السيرة عليها وامضاءالشارع هذهالسيرة ولم يثبت من العقلاء قبول قوله فيما يرجع الى جر النار الى قرصه .

ثانيهما: انه يستفاد منحديثين قبول قول المدعي بلامعارض الاول: مارواه منصور (*۲) والظاهران الرواية نقية السند ولكن يمكن أن يناقش فيها بأن المدعي في مورد الرواية ذو اليد بالنسبة الى المال .

الثاني: ما رواه احمد بن محمد بن ابي نصرقال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل يصيدالطير الذي يسوي دراهم كثيرة وهو مستوى الجناحين وهو بعرف صاحبه ايحل له امساكه ؟ قال فقال: اذا عرف صاحبه رده عليه وانالم

١) الوسائل الباب ٦ من أبواب اللقطة

٢) لاحظ ص: ٢٦

(مسألة ٣٦): اذا عرف المالك وقد حصل لللقطة نماء متصل دفع اليه العين والنماء سواء حصل النماء قبل التملك أم بعده (ا وأما اذا حصل لهانماء منفصل فان حصل قبل التملك كان للمالك وانحصل بعده كان للملتقط (۱ أما اذا لم يعرف المالك وقد حصل لها نماء فان كان متصلا فان تملك اللقطة ملكه تبعاً للعين (اوأما اذا كان منفصلا ففي جواز تملكه اشكال والاحوط التصدق به (الأ.

(مسألة ٣٧): لوعرف المالك ولكن لم يمكن ايصال اللقطة اليه ولاالي وكيله فان أمكن الاستئذان منه في التصرف فيها ولو بمثل

يكن يعرفه وملك جناحه فهو له وان جائك طالب لاتتهمه رده عليه (* ١) .

والمستفاد من الرواية ان المدعي لو لم يكن متهماً عند الاخذ يجب عليه أن يدفع ويسلم الطير اليه فهذه الرواية تدل على حجية قول المدعي بلا معارض الا في صورة الاتهام.

١) اذ المفروض انه يجب رد العين والنماء المتصل تابع له عرفاً وشرعاً .

٢) هذا مبني على جواز التملك واما على القول بعدم الجواز فلا يفرق بين
 الصورتين ومقتضاه كون النماء للمالك على كلاالتقديرين

٣) بناءاً على جواز التملك .

٤) الذي يختلج بالبال أن يقال: تارة ييأسعن الوصول الى المالك واخرى
 لااما على الثاني فيجب الفحص عنه فان رد الامانة بمقتضى الكتاب واجب ويحفظ
 المال لمالكه وأماعلى الاول فلا يبعد أن يقال: بأن مقتضى حديث ابن مهزيار (*٢)

١) الوسائل الباب ١٥ من أبواب اللقطة الحديث: ١

٢) لاحظ ص: ٣١.

الصدقة عنه أودفعها الى أقاربه أو نحو ذلك تعين (أو الاتعين التصدق بها عنه (أو).

(مسألة ٣٨): اذا مات الملنقط فان كان بعد التعريف والتملك انتقلت الى وارثه كساير أملاكه (٣ وان كان بعد التعريف وقبل التملك فالمشهور قيام الوارث مقامه في التخيير بهن الامور الثلاثة أو الامرين وان كان في أثنائه قام مقامه في اتمامه فاذاتم التعريف تخير الوارث

انقلت: المذكور في الرواية التصدق ولم يقيد بالتصدق عن المالك فما الوجه في هذا التقييد؟ قلت : لا يبعد ان العرف يفهم من الرواية بمناسبة الحكم والموضوع ان التصدق يكون عن المالك اذ لاوجه للتصدق عن النفس بمال الغير بلا اذن منه فلاحظ و تأمل فافهم واغتنم .

٣) هذا مبني على جواز التملك فانه عليه يكون من تركته فينتقل الى وارثه
 بمقتضى قانون الارث لكن تقدم منا الاشكال في أصل المبنى لاحط حديث ابن

صيرورته ملكاً للأخذ مع وجوب الخمس .

١) لأنه نحومن الايصال والاداء ومع امكان الايصال الى المالك يجبلو جوب اداء الامانة الى اهلها .

٢) الظاهر انه استفيد ما افيد من حديث ابن جعفر (* ١) فانه يستفاد من هذا الحديث انه يجوز التصدق باللقطة بعد تمامية السنة وعدم وجوب الفحص وحيث ان المفروض في المقام عدم اثر للفحص يجب التصدق عنه لعدم جواز النصرف في مال الغير حتى بالامساك وابقائه على حاله.

١) لاحظ ص: ٦١

بين الامور الثلاثة أوالاثنبن^{(۱}والاحوط اجراء حكم مجهول المالك عليه في التعريف بــه الى أن يحصل الياس مـــن الوصول الى مالكه ثم يتصدق به عنه^{(۲} .

(مسألة ٣٩): اذاوجد مالا في صندوقه ولم يعلمانه له أولغيره فان كان لايدخل احد يده في صندوقه فهواه (٣

جعفر (* ١)٠

١) ويشكل لأنه مبني على القول بانتقال حق الالتقاط الى الوارث ولا دليل عليه فعليه لابدمن اجراء حكم مجهول المالك عليه بأن نقول: مع عدم اليأسعن الوصول الى مالكه يفحص عنه ومع اليأس تكون ملكاً للأخذ ولا يخفى انه على هذا المبني لاخصوصية للوارث بلهذا حكم من وضع يده على المال وأخذها فلاحظ و تأمل ودقق النظر وصفوة القول: انه لايصدق عنوان اللقطة بالنسبة الى الوارث.

۲) قد ظهر مما ذكرنا انه على فرض عدم اخذ المال لايتوجه تكليف وعلى فرض اخذ المال يتوجه التكليف الـى الاخذ بلا خصوصية للوارث ولا يبعد أن يكون الماتن ناظراً فيما ذكره من الاحتياطالي الجمع بين الحقين اذ على تقدير لزوم ترتيب احكام اللقطة لاينافي التعريف الى زمان حصول اليأس اذ يجوز حفظ العين لمالكها على ما تقدم وعلى تقدير كونه مجهول المالك في قبال اللقطة فقد رتب عليه حكمه من التصدق به بعد اليأس والحق ما بيناه والله العالم .

٣) بلاخلاف كما في الجواهر مضافاً الى أنه مقتضى الظاهر ويدل على المدعى
 ما رواه جميل بن صالح قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام: رجل وجد في منزله
 ديناراً قال: يدخل منزله غيره؟ قلت: نعم كثير قال: هذا لفطة قلت: فرجل وجد

١) لاحظ ص: ٥٥.

وان كان يدخل أحديده في صندوقه عرف اياه فان عرفه دفعه اليه وان انكره فهوله (ا وان جهله لم يبعد الرجوع الى القرعة كما في سائر تردد المال بين مالكين (الهذا اذاكان الغير محصوراً أما اذالم يكن فلايبعد الرجوع الى القرعة فان خرجت باسم غيره فحص عن المالك وبعد الياس منه يتصدق به عنه (اواذا وجد مالا في داره ولم يعلم انه له أولغيره فان لم يدخلها احدغيره أويدخلها قليل فهوله وان كان يدخلها كثير كما في المضائف و نحوها جرى عليه حكم اللقطة (العرفة عليه حكم اللقطة الهرفة عليه حكم اللقطة العربي عليه حكم اللقطة العربية و نحوها جرى عليه حكم اللقطة العربية و نحوها جرى عليه حكم اللقطة الهربية و نحوها جرى عليه و نحوها جرى عليه حكم اللقطة الهربية و نحوها جرى عليه و نحوها جرى عليه حكم اللهربية و نحوها جرى عليه حكم اللهربية و نحوها جرى عليه و نحوها جرى عليه و نحوها بهربية و نحوها بهربية و نحوها جرى عليه حكم اللهربية و نحوها جرى عليه و نحوها بهربية و

في صندوقه ديناراً قال : يدخل أحديده في صندوقه غيره أو يضع فيه شيئاً ؟ قلت لاقال : فهو له (* ١) .

١) لانحصار الامر بينهما في اثبات احد الطرفين كما ان انتفاء احد الطرفين
 يقتضي اثبات الطرف الاخر فلاحظ .

٧) بناءًا على حجية القرعة عند الاشكال والاشتباه كما عليها بنائهم .

٣) لا يبعد أن يقال: في صورة عدم الحصر وكون الشبهة غير محصورة يترتب عليه حكم اللقطة بمقتضى حديث جميل (* ٢) فانه يستفاد من هذا الحديث ان المدخل يده في الصندوق اذا كان كثيراً يترتب عليه حكم اللقطة الا أن يقال: بأن صدق اللقطة يتوقف على الضياع وهذا المعنى لا يتحقق بالنسبة الى ما في الصندوق بخلاف الدار اذ لا فرق بين الدار والشارع من هذه الجهة فلاحظ.

٤) في هذه المسألة فروع: الاول: انه لويدخل داره كثيريكون المال الذي
 وجده محكوماً عليه بحكم اللقطة والوجه فيه ما رواه جميل.

١) الوسائل الباب ٣ من أبواب اللقطة

٢) لاحظ ص: ٨٦

(مسألة ٤٠): اذا تبدلت عباءة الانسان بعباءة غيره أو حداثه بحداء غيره فان علم ان الذي بدله قد تعمد ذلك جاز اخد البدل من باب المقاصة (فانكانت قيمته أكثر من مال الاخر تصدق بالزايد انلم يمكن ايصاله الى المالك (وانلم يعلم انه قد تعمد ذلك فان علم رضاه بالتصرف جازله التصرف فيه والاجرى عليه حكم مجهول المالك في فعص عن المالك (قان يئس منه ففي جواز أخذه و فاءاً عما اخذه اشكال (أفاذ يئس منه ففي جواز أخذه و فاءاً عما اخذه اشكال الم

الثاني : انه لو لم يدخلها غيره يكون المال محكوماً عليه بأنــه ماله وملكه والوجه فيه تلك الرواية مضافاً الى قاعدة اليد.

الثالث: انه لو كان يدخلها قليل غيره فانالماتن حكم بأن المال له ولم يظهر لي وجهه وأيضاً لم يظهر وجه التفريق بين الدار والصندوق فان الحق أن يقال: ان مقتضى القاعدة الرجوع الى القرعة كما حكم بها بالنسبة الى الصندوق.

 ١) مع الشرائط المقررة في باب النقاص وقد دلت على جوازها جملة من النصوص:

منها: ما رواه داود بن رزين قال: قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: اني اخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها الدابة الفارهة فيبعثون فيأخذونها شم يقع لهم عندي المال فلي أن آخذه ؟ قال: خذ مثل ذلك ولا تزد عليه (* ١) ومنها غيره.

- ۲) قد تقدم حكم مجهول المالك .
 - ٣)كما هو ظاهر .
- ٤) لعدم الدليل على جواز التقاص في هذه الصورة وعليه يترتب عليه حكم

١) الوسائل الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ١

والاحوط النصدق به باذن الحاكم الشرعي واحوط منه اخذه وفاءً أ ثم التصدق به عن صاحبه كل ذلك باذن الحاكم الشرعي (١٠ .

كتاب الغصب

وهو حرام عقلا^{(٢} وشرعاً^{(٣} ويتحقق بالاستيلاء على مـال الغير ظلماً^{(٤} وانكان عقاراً^{(٩}

مجهول المالك .

- ١) لااشكال في حسن الاحتياط التام .
- ۲) الظاهر انه لايمكن اثبات الحرمة شرعاً بالعقل وبعبارة اخرى ليس للعقبل طريق الى الملاكات الشرعية والاحكام الالهية نعم لااشكال في أن الظلم بما هو أمر قبيح وحرام ولكن ليس للعقل تشخيص مصداق هذا الكلي .
- ٣) بلا اشكال ولاكلام وحرمته شرعاً مــن ضروريات الفقه ولا تحتاج اثباتها
 الى اقامه الدليل و البرهان .
- ٤) قال في مجمع البحرين: « وهو الاستقلال باثبات اليدعلى مال الغير ظلماً
 وعدواناً ».
- ه) لصدق الموضوع بـل الاجماع عليه بقسميه كما في الجواهر ويدل على المدعى بعض النصوص لاحظ ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في رجل اكترى داراً وفيهابستان فزرع في البستان وغرس نخلاو أشجاراً وفواكه وغيرذلك ولم يستامر صاحب الدار في ذلك قال عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل و يعطيه الغارس ان كان استامره في ذلك وان لم يكن استامره في ذلك فعليه الكراه وله الزرع والغرس و يفلعه و يذهب به حيث شاء (*۱)

١) الوسائل الباب ٢ من ابواب الغصب الحديث : ٢

النسبة (⁷ ويضمن المنفعة اذا كانت مستوفاة (⁸ وكذا اذا فاتت تُحت يده (¹ ولوغصب الحامل ضمن الحمل (⁶ ولومنع المالك من

وقال في الجواهر: « لاخلاف ولا اشكال عندنا في أنه يصح غصب العقار ويضمنه الغاصب بل الاجماع بقسميه عليه مضافاً الى ماسمعته من النصوص والى صحة بيعه وغيره مما يتوقف على تحقق القبض فما عن أبي حنيفة وتلميذه ابى يوسف من عدم تصور غصبه لعدم تصور اثبات اليد فيه واضح الضعف » الى آخر كلامه (* 1).

وملخص الكلام انه لااشكال في صدق الغصب في العقار بحسب الفهم العرفي فيترتب عليه آثاره وأحكامه فلاحظ.

١) لقاعدة اليد المعروفة عند القوم لاحظ مارواه أبوالفتوح الرازي في تفسيره عن رسول الله صلى الله عليه و آله ، أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه (*٢) وهذه الرواية وان كانت مخدوشة سنداً لكن لااشكال في اصل الحكم وان الضمان يتحقق بغصب مال الغير .

- ٧) لتحقق الحكم بمقدار تحقق الموضوع فتلاحظ النسبة .
 - ٣) لاحترام مال الغير .
 - ٤) اذ المفروض ان اليد ضمانية .
- ه) وقال في الجواهر: « وغصب الأمةالحامل مثلا غصب لحملها «لولدها»

١) الجواهرج ٣٧ ص: ١٩

٧) مستدرك الوسائل كتاب الغضب الباب ١ الحديث: ٤

امساك الدابة المرسلة فشردت أو من القعود على بساطه فسرق لم يضمن مالم يستند الاتلاف اليه والا فيضمن (ا ولوغصب من الغاصب تخير المالك في الاستيفاء ممن شاء (فان رجع على الاول رجع الاول على الثاني (قون رجع على الاول في الشخص الحر مطلقاً وان رجع على الثاني لم يرجع على الاول في ولا يضمن الحر مطلقاً وان كان صغير آ (ق

أيضاً بلاخلاف ولا اشكال الثبوت يده بل استقلاله واستيلائه عليهما فيضمنهما حينئذ معاً » (* ١) الى آخر كلامه والأمر كما أفاده لصدق الغصب بالنسبة الى كليهما فلاحظ.

- ١) الأمركما أفاده فان الضمان اما يتحقق باليد واما بالانلاف والمفروضان
 يده لم توضع على العين فتحقق الضمان يتوقف على صدق الاتلاف عرفاً فان صدق
 يتحقق والا فلا فلاحظ.
- ٢) لتوارد الأيـدي على العين الواحدة وثبوت الضمان بالنسبة الى الجميع
 فيجوز للمالك الرجوع الى كل واحد منهم .
- ٣) لقرار الضمان عليه هذا في صورة تلف العين وامامع بقائها فالظاهر جواز
 الرجوع الى كل واحد من الغاصبين اذ وظيفة كل غاصب أن يرد العين المغصوبة الى
 صاحبها .
 - ٤) لعدم المقتضى والمفروض ان قرار الضمان عليه كما مر .
- ه) لعدم المقتضي للضمان وقال في الجواهر في هـذا المقام ــ شرحاً لكلام الماتن ــ : « بلا خلاف محتق اجده فيه » الى أن قال : « ضرورة عدم كونه مــالا حتى يتحقق فيه الضمان » (* ۲).

١) الجواهرج ٣٧ ص: ٣٠

٢) الجواهر ج ٣٧ ص : ٣٦

الا أن يكون تلفه مستنداً اليه (اولااجرة الصانع لومنعه عن العمل الا أن يكون تلفه مستنداً اليه والمجرة الصانع لومنعه عن العمل الا اذا كان اجيراً خاصاً لغيره فيضمن لمن استاجره ولوازال القيد عن له لزمته الاجرة (الولاد) ولو استعمله فعليه اجرة عمله (الولاد) ولوازال القيد عن العبد المجنون أوالفرس ضمن جنايتهما المجنون أوالفرس ضمن جنايتهما المجنون أوالفرس ضمن جنايتهما

- ٣) لقاعدة الاتلاف الموجب للضمان.
- ٤) اذ المفروض انه بنفسه منعه عن العمل الــذي يكون مورداً للاجرة فلاحظ .
- ه) لأن عمله ذو قيمة والمفروض انه أتلف عليه ماله المالية فيضمن وادعي على المدعى عدم الخلاف والاشكال.
- ٦) لأنه سبب ويمكن أن يستفاد المدعى من جملة من النصوص منها رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سئل عن بختي اغتلم فخرج من الدار فقتل رجلا فجاءاخو الرجل فضرب الفحل بالسيف، فقال: صاحب البختي ضامن للدية ويقتص ثمن بختيه (* ١).

ومنها: ما رواه مسمع بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام كان اذا صال الفحل اول مرة لم يضمن صاحبه فاذا ثنى ضمن صاحبه (* ٢).

١) فانه يضمن في هذه الصورة لدليل ضمان اتلاف النفس المحترمة .

٢)الكلام فيه هو الكلام فان عمل الحر لا يعد من الأمو ال و لذا لا يكون مستطيعاً
 ولا يجب عليه الخمس .

١) الوسائل الباب ١٤ من أبواب موجبات الضمان الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ١٤ من ابواب موجبات الضمان الحديث : ٢

وكذا الحكم في كل حيوان جنى على غيره من انسان أو حيوان أو غيرهما فان صاحبه يضمن جنايته اذاكان بتفريط منه اما بترك رباطه أو بحله من الرباط اذا كان الحيوان من شانه أن يربط وقت الجناية للتحفظ منه (١

وما رواه علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام قــال : سألته عن بختى اغتلم فقتل رجلا ما على صاحبه ؟ قال : عليه الدية (* ١) .

وتويد المدعى جملة اخرى من الروايات منها ما رواه زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له: رجل حفر بثراً في غير ملكه فمرعليها رجل فوقع فيها فقال: عليه الضمان لأن كل من حفر في غير ملكه كان عليه الضمان (* ٢).

ومنها : ما رواه أيو الصباح الكناني قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : مـن اضر بشيء من طريق المسلمين فهو ضامن (* ٣).

ومنها: ما رواه الحلبي عن أبسي عبدالله عليه السلام قال سألته عن الشيء يوضع على الطريق فتمر الدابة فتنفر بصاحبها فتعقره قال: كل شيء يضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه (* ٤).

۱) بلاخلاف ولااشكال كما في الجواهرقال: «تجب حفظ دابته الصائلة كالبعير المغتلم والكلب العقور الذي اقتناه والفرس العضوض والبغل الرامح ونحو ذلك بلا خلاف اجده فيه بل ولا اشكال لقاعدة الضرر وغيرها بل ولواهمل ضمن جنايتها بلا خلاف ولا اشكال » (* ٥) انتهى موضع الحاجة من كلامه .

١) نفس المصدر الحديث ٣

٢ و٣) الوسائل الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان الحديث ١ و٢

٤) الوسائل الباب ٩ من ابواب موجبات الضمان الحديث : ١

٥) الجواهرج ٤٢ ص: ١٢٩

ويمكن الاستدلال على المدعى بحديثي الحلبي وابن جعفر (* ١) ومثلهما خبر آخر لابن جعفر في كتابه عن اخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال سألته عن بختي مغتلم قتل رجلا فقام اخوالمقتول فعقر البختي وقتله ما حالمه ؟ قال: على صاحب البختي ديه المفتول ولصاحب البختي ثمنه على الذي عقر بختيه (* ٢)

وفي المقام روايات يستفاد منها التعارض مع ماقبلها منها ما عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله البثرجبار والعجماء جبار والمعدن جبار (* ٣).

و منها: ما رواه يونس عن رجل عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال بهيمة الأنعام لايغرم أهلها شيئاً (* ٤) .

ومنها: ما رواه عقبة بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال كان من قضاء النبي صلى الله عليه وآله ان المعدن جبار والبئر جبار والعجماء بهيمة الأنعام والجبار من الهدر الذي لايغرم (* ٥).

ومنها : ما رواه عمرو بن خالد عن زيد بن علي عن ابيه عن آبائه قال : قال رسول الله صلى الله عليه و آله العجماء جبار والبئر جبار والمعدن جباروفي الركاز الخمس والجبار الذي لادية فيه ولا قود (* ٦).

والحديث الثاني ضعيف سنداً ببعض من فيه والثالث ضعيف سنداً بالارسال والرابع بمحمد بن عبدالله بن هلال والخامس بهيثم بن أبي مسروق .

١) لاحظ ص: ٩٣

٢) الوسائل الباب ١٤ من أبواب موجبات الضمان الحديث : ٤

٣ و ٤) الوسائل الباب ٣٢ من أبواب موجبات الضمان الحديث : ٢ و٣

٥ و٦) نفس المصدر الحديث: ٤ و٥

وكذا الحكم في الضمان لوانهار جدار الجارفوقع على انسان أوحيوان أوغيرهما فان صاحب الجدار ضامن اذا كان عالماً بالانهيار فلم يصلحه أويهدمه وتركه حتى انهدم فاصاب عيناً فاتلفها (وكذا لوكان الجدار في الطريق العام فان الحكم ضمان صاحب الجدار المتلف الحاصل من انهدامه اذا لم يبادر الى قلعه أو اصلاحه (وضمان صاحب الجدار في الفرضين مشروط بجهل التالف بالحال ان كان انساناً وبجهل مالكه ان كان من الاموال فلو وقف شخص تحت الجدار المنهار أو ربط حيوانه هناك مع علمه بالحال فانهدم الجدار فتلف المنهار أو الحيوان لم يكن على صاحب الجدار ضمان وضمان أو الحيوان لم يكن على صاحب الجدار ضمان (وضمان العدار فالحيوان لم يكن على صاحب الجدار ضمان (وضمان العدار فالحيوان لم يكن على صاحب الجدار فالمان (وضمان العدار فالحيوان لم يكن على صاحب الجدار فالمان (وضمان العدار فالمان)

ومنها : ما رواه أبو الصباح الكناني قال: قال أبوعبدالله عليه السلاممناضر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن له (* ٢).

٣) لعدم كــون استناد التلف اليه بـل يستند الى المباشر فلاحظ والنصوص
 منصرفة عن هذه الصور .

١) لأنه سبب والمستفاد من الأدلة ثبوت الضمان في امثال المقام فلاحظ .

٢) لعين الملاك ويمكن الاستدلال على المدعى بجملة من النصوص منها ما رواه سماعة قال: سألته عن الرجل يحفر البئر في داره أو في أرضه فقال أما ما حفر في ملكه فليس عليه ضمان وأما منا حفر في الطريق أو في غير ما يملك فهو ضامن لما يسقط فيه (* ١).

١) الوسائل الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان الحديث: ٣

٧) نفس المصدر الحديث: ٧

الانسان بذمته في ماله لاعلى عاقلته (واوفتح باباً فسرق غيره المتاع ضمن السارق (ولواجج ناراً من شأنها السراية الى مال الغير فسرت اليه ضمنه (واذا لم يكن من شانها السراية فاتفقت السراية بتوسط الريح أوغيره لم يضمن (ويضمن الخمر والخنزير للذمي بقيمتهما عندهم مع الاستتار (ه

- ٢) لاستناد الأمر اليه والسبب لامقتضي لضمانه وان شئت قلت: المباشر في المقام أقوى فلاحظ.
 - ٣) لصدق الاتلاف.
 - ٤) لعدم صدق الاتلاف الموضوع للضمان .
- ه) استدل على المدعى بالنسبة الى القيمة باجماع الفرقة واخبارها كما في الجواهر فانه قدس سره قال في ههذا المقام: « باجماع الفرقة واخبارها في محكي الخلاف بل قيل ان الاجماع أيضاً ظاهر المبسوط والسرائر والتذكرة . أما المتظاهر فلا ضمان وانكان الغاصب كافراً تولاواحداًو كذا الكلام في الخنزير بالنسبة الى ضمانه وعدمه في المسلم والمستتر والمتظاهر وغير ذلك مماعرفت وضمانه بالقيمة عند مستحليه بلا خلاف ولا اشكال وكذا الخمر يضمنها المسلم والتذكرة ولا بحث فيه كما في جامع المقاصد لاستحالة ثبوث الخمر في ذمة المسلم وان كانت مثلية بل عن المبسوط والسرائر والتحرير والمختلف وغيرها ذلك ايضاً اذا كان الغاصب كافراً بل ظاهر التذكرة الاجماع عليه بلعن الخلاف

١) لعدم المقتضي فان ثبوت الديسة على العاقلة على خسلاف الأصل الاولى
 و يحتاج الى قيام الدليل ولا دليل عليه .

كتاب الغصب ______ كتاب الغصب

دعوى اجماع الفرقة واخبارها عليه ايضاً » (* ١) .

والانصاف انه يمكن أن يستفاد من جملة من النصوص منها: ما رواه منصور قال: قلت لابى عبدالله عليه السلام لي على رجل ذمي دراهم فيبيع الخمر وأنا حاضر فيحل لى اخذها فقال انما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك (* ٢).

ومنها: ما رواه محمد بن مسلم قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن صدقات الهل الذمة وما يؤخذ من جزيتهم من ثمن خمورهم وخناز يرهم وميتتهم قال: عليهم المجزية في اموالهم تؤخذ من ثمن لحم الخنزير أو خمر فكل ما أخذوا منهم من ذلك فوزر ذلك عليهم وثمنه للمسلمين حلال يأخذونه في جزيتهم (* ٣).

ومنها: ما رواه يونس في مجوسيباع خمراً أو خنازير الى اجل مسمى ثم أسلم قبل أن يحل المال قال: له دراهمه وقال: اسلم رجل وله خمر أوخنازير ثم مات وهي في ملكه وعليه دين. قال يبيع ديانه أوولي له غير مسلم خمره وخنازيره ويقضي دينه وليس له أن يبيمه وهو حي ولا يمسكه (* ٤).

ومنها: ما رواه داود بن سرحان قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل كانت له على رجل دراهم فباع خنازير أو خمراً وهو ينظر فقضاه قال: لابأس أما للمقضى فحلال وأما للبايع فحرام (* ه).

ومنها: ما رواه عبدالله بن الحسن عن جده علي بن جعفر عن اخيه موسى بن جعفر عليه السلام: قال: سألته عن رجلين نصرانيين باع احدهما خمراً أو

١) الجواهر ج ٣٧ ص : ١٤

٢) الوسائل الباب ٦٠ من ابواب ما يكتسب به الحديث : ١

٣)الوسائل الباب ٧٠ من أبواب جهاد العدو الحديث: ١

٤) الوسائل الباب ٥٧ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ٢

٥) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب الدين الحديث : ١

و پجب رد المغصوب^{(۲}

خنزيراً الى اجل فأسلما قبل أن يقبضا الثمن هل يحل له ثمنه بعد الاسلام ؟ قال: انما له الثمن فسلا بأس أن يأخذه (* 1) ان الشارع الآقدس امضى مالية الخمر والخنزير بالنسبة الى الذمي فما افاده في المتن من تحقق الضمان بالقيمة بالنسبة الى المستتر وعدمه بالنسبة الى المتظاهر تام بالاخبار والاجماع فدعوى وضوح الحكم ليس جزافاً.

1) اذ لو كان له غرض صحيح يثبت له حق الاختصاص فيجب رده اليهوأما مع النلف فيشكل الأمر اذ لو قلنا ان قيمة العين يثبت في الذمة فلا قيمة للخمر فلا مجال لثبوتها في الذمة وان قلنا بثبوت المثل فيها فالمقتضي قاصر اذ دليل على اليد بدون التوسل بالاجماع والسيرة غير تام لعدم تمامية سنده فالمدرك منحصر في الاجماع فلاحظ.

٢) قال في الجواهر: « لاخلاف بيننا في أنه يجب رد المنصوب مادام باقياً
 بل الاجماع بقسميه عليه ان لم يكن ضرورة من المذهب » (*٢)الى آخر كلامه .

و تدل على المدعى جملة من النصوص الدالة على حرمة التصرف في مال الغير فمنها: ما رواه سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام (في حديث) ان رسول الله صلى الله عليه و آله قال: من كانت عنده أمانته فليؤدها الى من ائتمنه عليها فانه لا يحل دم امر عسلم ولا ماله الا بطيبة نفس منه (* ٣).

ومنها : ما رويءن صاحب الزمان عليه السلام قال: لايحل لأحدأن يتصرف

١) الوسائل الباب ٦٦ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ١

٢) الجواهر ج ٣٧ صفحه ٧٥

٣) الرسائل الباب ٣ من أبواب مكان المصلى الحديث : ١

في مال غيره بغيره اذنه (* ١)٠

ومنها: ما رواه أبو بصير عن أبى جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم سباب المؤمن فسوق وقناله كفر وأكل لحمه معصية وحرمة ماله كحرمة دمه (* ٢).

فان امساك مال الغير بلاحق نوع من التصرف فلايجوز مضافاً الى ما وردفى خصوص حرمة الغصب: منها ما عن بعض اصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام وذكر ما يختص الامام الى أن قال: وله صوافي الملوك ماكان في أيديهم على غير وجه الغصب لأن الغصب كله مردود (*٣).

ومنها : مــا رواه محمد بـن الحسين الرضى فى نهج البلاغة قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : الحجر الغصب فى الدار رهن على خرابها (* ٤) .

ومنها: ما رواه الحسين بن زيد عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبي صلى الله عليه و آله في حديث المناهي قال: من خان جاره شبراً من الأرض جعله الله طوقاً في عنقه من تخوم الأرض السابعة حتى يلقى الله يوم القيامة مطوقاً الا أن يتوب ويرجع (* ٥).

ومنها: ما رواه عبدالعزيز بن محمد الدراوردي قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عمن أخد أرضنا بغير حقها وبنى فيهاقال يرفع بناؤه وتسلم التربة الى صاحبها ليس لعرق ظالم حق (* 7).

ثم قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله من أخذ أرضنا بغير حق كلف أن يحمل

١) الوسائل الباب ١ من ابواب الغصب الحديث: ٤

٧) الوسائل الباب ١٥٨ من أبواب احكام العشره الحديث: ٣

٣) الوسائل الباب ١ من أبواب الغصب الحديث : ٣

ع وه) نفس المصدر الحديث : ٥ و٧

٦) الوسائل الباب ٣ من ابواب الغصب الحديث: ١

فان تعيب ضمن الارش^{(۱} فان تعذر الرد ضمن مثله ولوّلم يكن مثلياً ضمنه بقيمته يوم الغصب^{(۲}

ترابها الى المحشر (* ١).

١٤ المفروض ان اليد ضمانية فتوجب الضمان ومقتضاه وجوب رد العين
 مع الأرش وادعى في الجواهر عدم الخلاف فيه بل ادعى عليه الاجماع بقسميه .

٢) ما يمكن أن يقال أو قيل في وجه ضمان المثلى بالمثل وفي القيمي بالقيمة
 وجوه : الوجه الأول حديث على اليد (* ٢) .

ويرد عليه انه لايبعدأن يكون المستفاد من الحديث ان ضمان ما أخذ الى زمان الأداءاى مادام المأخوذ في يد الاخذيكون الاخذضامناً بالنسبة اليه وارتفاع الضمان بادائه فلاير تبط بالمقام .

وربما يقال: بأن المستفادمن الحديث ان المأخوذ مضمون بنفسه وعلى تقدير التعذر تصل النوبة الى المثل وعلى تقدير التعذر تصل النوبة الى القيمة فلا ينطبق على ما هو المشهور عندهم من الضمان في المثلى بالمثل وفي القيمي بالقيمة مضافاً الى أن الحديث ضعيف سنداً فلا تصل النوبة الى ملاحظة دلالته.

الوجه الثاني مادل من النصوص على أن حرمة مال المسلم كحرمة دمه لاحظ ما من عن كتاب المجالس والأخبار من وصايا النبى لأبي اذريا أباذرسباب المسلم فسوق وقتاله كفر واكل لحمه من معاصى الله وحرمة ماله كحرمة دمه (* ٣).

وما رواه أبو بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآلهسباب المؤمن فسوق وقتاله كفرواكل لحمه معصية لله وحرمة ماله كحرمة

١) نفس المصدر الحديث: ٢

٧) لاحظ ص: ٩٠

٣) الوسائل الباب ١٥٢ من احكام العشرة الحديث ٩

دمه (* ۱).

ولا يخفى ان المستفاد من هذه النصوص الحكم التكليفي لاالوضعي وعلى تقدير التنزل لاتدل على المدعى بل تدل على الضمان .

الوجه الثالث النصوص الدالة على ان الامة المبناعة اذا وجدت مسروقة بعد أن أولدها المشتري اخذها صاحبها واخذ المشتري ولده بالقيمة لاحظ ما رواه جميل بن دراج عن بعض اصحابنا عن ابي عبدالله عليه السلام في رجل اشترى جارية فاولدها فوجدت مسروقة قال يأخذ الجارية صاحبها ويأخذ الرجل ولده بقيمته (* ٢).

والجواب ان المستفاد من هذه النصوص ليس ما هو المشهور عندهم من كون ضمان المثلى بالمثل وفي القيمي بالقيمة وبعبارة واضحة المستفاد من هذه النصوص ان صاحب الولد يأخذ ولده ويدفع قيمته ولايستفاد من النصوص المشار اليها ما هو المشهور عندهم من ضمان المثلى بالمثل والقيمي بالقيمة فلاحظ.

الوجه الرابع الاجماع على المدعى وفيه انه مدركى ولا اقل من احتماله فلا يكون تعبدياً كاشفاً عن رأى المعصوم.

الوجه الخامس قوله تعالى « فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم » (* ٣) وتقريب الاستدلال على المدعى بالاية يتوقف على امور ثلثة:

الاول: أن يكون المرادبكلمة (ما) الموصول وأما اذاكان المراد بهاالمصدر تكون الاية اجنبية عن المدعى فتختص الاية بالاعتداء بالأفعال ولا يرتبط بالأموال وعن الاردبيلي قدس سره تعين هذا الاحتمال .

الثاني أن يكون المراد بالموصول الشيء المعتدى بأن يكون المرادفاعتدوا

١) نفس المصدر الحديث : ١٧

٢) الوافى ج ١٠ من الباب ١١٨ من أبواب احكام التجارة ص ١٠١

٣) البقرة / ١٩٤

عليه بمثل الشيء الذي اعتدى به عليكم وفيه انه لادليل على المدعى بل يمكنأن يكون المراد من الموصول الفعل لاالشيء الخارجي فلا ترتبط الاية بالمقام .

الثالث: أن يكون المراد من المثل في الآية المثل في المثلي والقيمة في القيمي ولا دليل على هذه الدعوى اضف السي ذلك انه لاتستفاد من الآية جواز تملك مال الغير في مقابل تلف المال بل يستفاد جواز الاتلاف في مقابل الاتلاف.

اذا عرفت ما تقدم نقول تارة يقع الكلام فيماهو مقتضى القاعدة الاولية واخرى فيما هو مقتضى النص الخاص فالبحث في موضعين :

أما الموضع الاول فنقول: مقتضى القاعدة الأولية ان المغصوب يردبعينه ومع عدم الامكان تصل النوبة الى مثله ومع تعذر مثله تصل النوبة الى قيمته وعليه يكون الضمان دائماً بالمثل غاية الأمركفاية اداء القيمة من باب اللابدية وعدم امكان دفع المثل كما هو المفروض وعلى هذا الأساس لامجال لأن يقال لابد من دفع المثل في المثلي والقيمة في القيمي ولا يكتفى باحدهما في موضع الاخر بل الضمان دائماً بالمثل والواجب دفع قيمة المثل والسيرة جارية عليه فلو لم يكن نصخاص في المقام لابدمن الالتزام بدفع قيمته يوم الاداء لأن الغاصب ضامن للمثل فالواجب عليه دفع قيمته وم الداء لأن الغاصب ضامن للمثل فالواجب عليه دفع قيمة ما في ذمته والثابت في ذمته هو المثل كما ذكرنا .

وأما الموضع الثاني فيمكن أن يقال ان المستفاد من حديث أبي ولادان الميزان بيوم الغصب لاحظ ما عن أبي ولاد الحناط قال اكتريت بغلا الى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائيا بكذا وكذا وخرجت في طلب غريم لي فلما صرت قرب قنطرة الكوفة خبرت ان صاحبي توجه الى النيل فتوجهت نحو النيل فلما أتيت النيل خبرت الى صاحبى توجه الى بغداد فا تبعته وظفرت به وفرغت مما بيني وبينه ورجعنا الى الكوفة وكان ذها بى ومجيى عصسة عشر يوماً فأخبرت صاحب البغل بعذري

وأردت ان اتحلل منه مما صنعت وأرضيه فبذلت له خمسه عشر درهماً فأبى أن يقبل فتراضينا بأبي حنيفة فأخبرته بالقصة الى أن قال و حججت تلك السنة فأخبرت أبا عبدالله عليه السلام بما افتى به ابو حنيفة فقال في مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها و تمنع الأرض بركتها قال فقلت لابي عبدالله عليه السلام فما ترى أنت ؟ فقال أرى له عليك مثل كراء بغل ذاهباً من الكوفه الى النيل ومثل كراء بغل راكباً من النيل الى بغداد ومثل كراء بغل من بغداد الى الكوفة توفيه اياه قال فقلت: جعلت فداك قد علفته بدراهم فلي عليه علفه ؟ فقال : لالأنك غاصب قال : فقلت له ارأيت لو عطب البغل و نفق أليس كان يلزمنى ؟ قال: نعم قيمة بغل يوم خالفته قلت فان اصاب البغل كسر أو دبرأ و غمز فقال : عليك قيمة ما بين الصحة و العيب يوم ترده عليه الخ (* 1) .

ومورد الاستدلال على المدعى قوله عليه السلام « نعم قيمة بغل يوم خالفته » والاستدلال بهذه الجملة على المدعى يتوقف على رجوع القيد وهو يوم خالفته الى القيمة اما باضافة القيمة الى البغل والبغل الى اليوم بنحو تتابع الأضافات كقول الشاعر (وليس قرب قبر حرب قبر) أو باضافة القيمة الى البغل واليوم معاً أو باضافة المحصل من المضاف والمضاف اليه الى اليوم واما بكون اليوم ظرفاً للقيمة بلا اضافة اما الاحتمال الأول فيرده ان البغل من الذوات ولا يكون قابلا للتقييد بالزمان مضافاً الى أن المعرف بلام التعريف لايضاف وفي بعض النسخ يكون لفظ البغل معرفاً بلام التعريف وأما الاحتمال الثاني فهو غير معهود في الاستعمالات وأما الاحتمال الثالث فلابأس به وعليه يكون المستفاد من الرواية في ضمان القيميات قيمة يوم النصب .

ولكن يتوقف على تجريد لفظ (بغل) عن لام التعريف وأما الاحتمال الراسع

١) الوسائل الباب ١٧ من احكام الاجارة الحديث : ١

فتقريبه أن يكون اليوم ظرفاً للقيمة لأن القيمة بمعنى ما يتقوم به وهو المعنى الحدثي وقابل لأن يقيد بالزمان وعليه ينون لفظ البغل على الجر باضافة القيمة اليه ويؤيد هذا الوجه ان لفظ (بغل) معرف في بعض النسخ وغير قابل لأن يضاف الى ما بعده فيكون المعنى ان اللازم على الغاصب قيمة البغل قيمة يوم الغصب.

وفي المقام احتمال آخر وهـو رجوع قوله يـوم خالفته الى قوله عليه السلام (نعم) اى يلزمك القيمة يوم خالفته فتكون اجنبية عن المراد اذ يكون المراد منها ان الضمان ولزومه يوم المخالفة فلا تعرض للمقدار ويرد في هذاالاحتمال اشكالان

احدهما: ان لزوم الضمان يوم المخالفة وهذا امر واضحلايحتاج الىالبيان اذ الغصب يتحقق في ذلك اليوم ثانيهما: ان لازمه انتقال الضمان بالقيمة قبل تلف العين ومع بقاء البغل ولم يقل به احد .

والجواب انه لايبعد أن يكون السرفي ذلك اتحاديوم الاكتراء معيوم المخالفة في مورد السؤال فان المتعارف في الأسفار القريبة اكتراء الدابة في وقت الحركة لاقبل ايام فلا يكون فصل بين زمان الاكتراء والمخالفة فصلامعتداً به وهذا الاشكال المذكور يؤيد المدعى فالامام عليه السلام قد عبر عن يوم المخالفة بيوم الاكتراء اي يوم الغصب.

الثاني انه قال أبو ولاد (قلت فان اصاب البغل كسر أو دبر أو غمز) ؟ فقال: عليه السلام « عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده عليه » فان الظاهر من هذه الجملة هوان الضمان بقيمة يوم الردلان الظرف متعلق بلفظ (عليك) لتضمنه معنى كتاب الغصب _____

يلزمك فتكون هذه الجملة منافية لما ذكرنا من أن المستفاد من كلامه عليه السلام ان المناط بيوم الغصب .

واورد عليه سيدنا الاستاد بأن لازمه استقرار الضمان على الغاصب في زمان الردمع انه واضح البطلان لأن ضمان المغصوب يستقر على الغاصب من زمان الغصب مضافاً الى أنه على هذا يلزم أن لايكون تعرض في الرواية بأن ههذا التفاوت من يوم الغصب أم من يوم النلف أو من يوم الرد فتكون مجملة وكون المراد من الجملة السابقة يوم الغصب يعين ان المراد من هذه الجملة يوم الغصب.

وربما يقال ان الظرف اى لفظ اليوم متعلق بلفظ قيمة فيكون المعنى انه عليك تفاوت مابين الصحة والعيب يوم الرد وبعبارة اخرى المستفادمن الحديث انمجرد رد العين لااثر له بل يجب رد ما به التفاوت بين الصحيح والمعيب فتكون هذه الجملة منافية مع المستفاد من الجملة السابقة وبعبارة اخرى يستفاد من الحديث ان التفاوت بين الصيحح والمعيب في يوم الرد يلزمك فيلزم التفكيك بين ضمان الاين وضمان الارش فان المناط في الاول بيوم الغصب وفي الثاني بيوم الرد .

وعن الشيخ الأنصاري قدس سره بأن الظرف متعلق بعليك لاقيد للفيمة اذلاعبرة في الرداجماعاً لأن النقص الحادث تابع في تعيين يوم الرداجماعاً لأن النقص الحادث تابع في تعيين يوم الرداجماعاً لأن النقص الحادث .

واورد عليه سيدنا الاستاد بأنه لامجال لهذا الاشكال لأن الاجماع على التبعية لا يدفع هذا الاحتمال اذلوكان المناط في مقدار الأرش بيوم الرديكشف ان ضمان اصل العين منوط بيوم الرد ولا اجماع على خلافه والصحيح في الجواب أن يقال انه لاملزم للائتزام بكون الظرف قيداً للقيمة بسلا قرينة بل ظهور الجملة السابقة

في كون الميزان في الضمان يوم النصب يدفع هذا الاحتمال .

الثالث انه سأل أبو ولاد الامام عليه السلام عن المقوم واجابه عليه السلام أنت وهو الى آخر كلامه .

وقال الشيخ الأنصاري قدس سره: ان هذه الجملة مؤيدة لكون المدار في تعيين القيمة يوم التلف بتقريب انه لو كان المدار يوم الغصب كان المالك مدعياً لدعواه زيادة القيمة المخالفة للأصل وكان الغاصب منكراً ومقتضى القاعدة توجه الحلف الى الغاصب والبينة الى المالك وبعبارة اخرى كيف يمكن الجمع بين البينة واليمين فان المالك ان كان مدعياً تجبعليه اقامة البينة وانكان منكراً تجب عليه اليمين فلو جعلنا الملاك يوم المخالفة يلزم أن تكون الروايه مخالفة للقواعد من ناحتين: الأولى اندعوى الزيادة من المالك مخالفة للأصل فلا يتوجه اليه اليمين لاتسمع منه البينة فلابد من جعل الملاك يوم التلف كي لا يتوجه اشكال فنقول الامام تعرض لصورتين:

الصورة الأولى: ان يتفق المالك والغاصب على قيمة يوم الاكتراء فالغاصب يدعي نقصانه يوم التلف والمالك ينكر النقصان واليمبن على من أنكر .

الصورة الثانية: أن يتفق المالك والغاصب على اتحاد قيمة يوم المخالفة ويوم التلف لكن المالك اقامة البينة اذ المفروض كونه مدعياً .

ويرد عليه انه يمكن تصوير النزاع بنحوينطبق على الموازين مع كون المدار يوم النصب بأن نقول لو اتفقاعلى القيمة يوم الاكتراء ولكن يدعي الغاصب نقصانها والمالك ينكر النقصان تكون البينة على ألمدعي وهو الغاصب واليمين على المنكر وهو المالك وأما لو اتفقا على أن القيمة يوم الاكتراء هي القيمة يوم الغصب لكن

المالك يدعي انها مقدار كذائبي والغاصب ينكر ويعترف باقل منه فالبينة علمي المالك واليمين على الغاصب فلا فرق بين القولين من هذه الجهة .

وعن الابرواني قدس سره ان مورد الرواية خارج عن حكم القضاء والنزاع بل حلف كل منهما لأجل اذعان الطرف الاخر كما هو الشايع في الاختلاف بين الناس فلا موضوع للاشكال المذكور .

وافاد سيدنا الاستاد بأن حمل الرواية على الأمر العادي العرفي خلاف الظاهر كما ان الظاهر من الخبران المالك مخير بين اقامة البينة والحلف لاان كل واحد من الأمرين حكم صورة غير الاخرى .

فالحق أن يقال ان قاعدة البينة على المدعي واليمين على من انكر ليستمن القواعد العقلية التي لاتقبل التخصيص فمقتضى القاعدة أن نقول ونلتزم بأنه في كل مورد تحقق الغصب بالنسبة الى دابة أو بالنسبة الى كل قيمي يكون الخيار بين الأمرين للمالك وهذا يناسب ارغام الغاصب والقضية المعروفة بينهم بأنه يؤخذ باشق الأحوال فلاحظ فانقدح ان الميزان يوم الغصب .

وربما يقال: بأن الضمان باعلى القيم من حين الغصب الى حين التلف وما. يمكن أن يقرب به وجوه:

الوجه الأول: ان المستفادمن الحديث ان المغصوب مضمون على الغاصب في جميع ازمنة الغصب اذ الميزانبيوم المخالفة وهذا العنوان يصدق على جميع ايام الغصب وعليه فان رد الغاصب نفس العين فهو والا فان رد أعلى القيم فقدرد قيمة يوم المخالفة بقول مطلق لدخول القيمة السفلى في العليا ضرورة انه لايجب عليه دفع قيمة كل يوم كما انه لورد القيمة النازلةلم يرد القيمة بقول مطلق فاللازم عليه رد اعلى القيم .

واجاب سيدنا الاستاد عن هذاالتقريب بأنالطبيعي يصدق على اول فرد يوجد منه والظاهر من الحديث ان المناط هو اليوم الأول من المخالفة لامطلق يوم المخالفة والذي يدل على المدعى بوضوحانه عليه السلام حكم بأن لو شهد الشاهدان على القيمة يوم الاكتراء ويوم المخالفة متحد.

الوجه الثاني: ان الغاصب اذا وضع يده على المغصوب اشتغلت ذمته بسه فلو ادى العين أو ادى أعلى الفيم في فرض تلف العين لفرغت ذمته قطعاً والايشك في فراغ ذمته وقاعدة الاشتغال محكمة.

وفيه ان الأمر دائر بين الأقل والأكثر ومقتضى البرائة عسدم الاشتغال بالزائد مضافاً الى أن الاجتهاد في قبال النص غيسر صحيح والمفروض ان المستفاد مسن النص ان المناط يوم الغصب فلاحظ .

الوجه الثالث: ان مقتضى الاستصحاب بقاء الضمان الى زمان اداءاً على القيم وفيه ان مقتضى الاستصحاب عدم الاشتغال الا بالاقل مضافاً الى أنه لاتصل النوبة الى الأصل مع وجود الدليل الاجتهادي والمفروض ان المستفاد من النص قيمة يوم المخالفة.

الوجه الرابع : انه لو لـم يدفع أعلى القيم يتضرر المالك والضرر منفي في الشريعة .

وفيه انه لاتصل النوبة الى هذه التقاريب مع وجود النص مضافاً الى أن حديث نفى الضرريقتضي النفى لاالاثبات بالاضافة الأأن الالزام بالأعلى ضرر على الغاصب وهو يؤخذ باشق الأحوال لادليل عليه اضف السى ذلك كله انا ذكرنا فسي بحث القاعدة ان المستفاد منها حرمة الأضرار فلاحظ.

الوجه الخامس: لوجوب رد أعلى القيم من زمان الغصب الى زمان التلف

ان الغاصب ازال يد المالك عن المغصوب بماله من المالية في جميع الأزمنة ومن جملة تلك الأزمنة زمان علو القيمة فان ردالغاصب العين فقد خرج عن عهدة الضمان بداهة ان المغصوب نفس العين وأما عند التلف لايمكن الخروج عن العهدة الا برد الأعلى لأن حيلولة الأجنبي توجب الضمان ولذا لو تلفت في زمان علو القيمة لوجبت تلك القيمة .

واوردعليه سيدنا الاستاد بأن قياس المقام بمقام بدل الحيلولة مع الفارق فانه في ذلك المقام يلزم الضمان ببدل الحيلولة من باب عدم امكان رد العين وأما الكلام في المقام في مقدار الضمان مع فرض تلف العين مضافاً الى أن التعذر في زمان علو القيمة اختيارية و باختيار الغاصب وفي بدل الحيلولة التعذر غير اختياري اضف الى جميع ذلك ان الاجتهاد في قبال النص غير صحيح ومقتضى حديث أبي ولاد ان الميزان بقيمة يوم الغصب لا بأعلى القيم .

الوجه السادس: ما نسب الى المحقق الايرواني قدس سره وهوانه عندصعود القيمة يصدق ان الغاصب معتد ومقتضى قوله تعالى (فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) ان الاعتداء بمقدار الاعتداء .

وفيه انه قد مر الاشكال في أصل دلالة الاية على الضمان فكيف بمقداره اضف الى ذلك انه لايناسب الاستدلال بالنحو المذكور مع دلالة حديث أبي ولاد على كون الميزان بيوم الغصب .

الوجه السابع: ان العين مضمونة على الغاصب في جميع الأزمنة ومن جملتها زمان علو القيمة ويرد عليه انه ان كان المراد ضمان العين مادامت باقية فهو صحيح لكن لايدل على المدعى لأنهمع بقاء العين لاتصل النوبة الى ضمان البدل وان كان المراد ان الضمان بالقيمة منجز مع بقاء العين فهو خلاف الاجماع مضافاً الى أنه

ربما يستلزم الجمع بيسن العوض والمعوض وان كان المراد ان الضمان بأعلى القيم مشروط بتلف العين فهو عين مورد النزاع مضافاً الى أنه خلاف ما يستفاد من حديث أبى ولاد .

فتحصل ان الميزان في القيمى المغصوب بيوم الغصب بمقتضى حديث أبي ولاد وأما في غير المغصوب من القيميات فلابد من قيام اجماع تعبدي عليه والا فمقتضى القاعدة كما ذكر نا ان الميزان بقيمة يوم الاداء و بعبارة اخرى مقتضى القاعدة الأولية ثبوت نفس التالف في الذمة غاية الأمر حيث لايمكن ردها تصل النوبة الى المثل ومع تعذره تصل النوبة الى القيمة .

وربما يقال ان المستفاد من جملة من الروايات الواردة في ضمان الرهن إن الميزان بقيمة يوم التلف فيقع التعارض بين تلك الروايات وحديث أبي ولاد لاحظ ما رواه سليمان بن خالد ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال اذا رهنت عبداً أو دابة فمات فلا شيء عليك وان هلكت الدابة او أبق الغلام فانت ضامن (* ١) .

ومارواه ابان بن عثمانعن أبي عبدالله عليه السلام انهقال في الرهن اذاضاع من عند المرتهن من غير أن يستهلكه رجع بحقه على الراهـن فأخذه وان استهلكه تراد الفضل بينهما (* ٢).

وما رواه اسحق بن عمارقال سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمأة درهم وهو يساوي ثلاثمأة درهم فيهلك أعلى الرجل أن يرد على صاحبه مأتي درهم؟ قال نعم لانه اخذ رهناً فيه فضل وضيعه قلت فهلك نصف الرهن قال على حساب ذلك قلت فيتر ادان الفضل قال نعم (٣٣).

١) الوسائل الباب ٥ من احكام الرهن الحديث : ٨

٢) نفس المصدر الحديث: ٢

٣) الوسائل الباب ٧ من احكام الرهن الحديث : ٢

وما رواه ابن بكير قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام في الرهن فقال: ان كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل الى صاحب الرهن وانكان أقل من ماله فهلك الرهن أدى اليه صاحبه فضل ماله وان كان الرهن سواء فليس عليه شيء (* ١) .

وما رواه أبو حمزة قال سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول علي عليه السلام يترادان الفضل فقال : كان علي عليه السلام يقبول ذلك قلت كيف يترادان فقال ان كان الرهن افضل مما رهن به ثم عطب رد المرتهن الفضل علمي صاحبه وانكان لايسوي رد الرهن ما نقص من حتى المرتهن قال: وكذلك كان قول علي عليه السلام في الحيوان وغير ذلك (* ٢).

والجواب عن هذا الاشكال ان المرتهن لايكون ضامناً للعين المرهونة الا في صورتي الأفراط والتفريط أما في الصورة الاولى فزمان النلف متحد مع زمان النصب فلا تنافى وأما في الصورة التفريط فيمكن التفكيك بين الزمانين لكن الذي يسهل الخطب ان النصوص الدالة على الضمان لاتعين موقعاً معيناً للقيمة فلا تنافي بين هذه النصوص وحديث أبي ولاد وبما ذكرنا يظهر الجواب عن توهم التعارض بين حديث أبي ولاد والنصوص الواردة في باب العتق لاحظ مارواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق احدهم نصيبه فقال ان ذلك فساد على اصحابه فلايستطيعون بيعه ولا مؤاجرته فقال: يقوم قيمة فيجعل على الذي أعتقه عقوبة وانما جعل ذلك عليه عقوبة لما افسده (*٣) وما رواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عسن

١ و٢) نفس المصدر الحديث : ٣ و١

٣) الوسائل الباب ١٨ من أبواب العتق الحديث ١

والاحوط استحباباً التصالح لواختلفت القيمة من يوم غصبه الى ادائه (اوني المثلى بضمن لواعوز المثل قيمة يوم الاداء (اولوزادت السفة فنقصت ضمنها (السوق فنقصت ضمنها)

قوم ورثوا عبداً جميعاً فاعتق بعضهم نصيبه منه كيف يصنع بالذي اعتق نصيبه منه هل يؤخذ بما بقي فقال : نعم يؤخذ بما بقى منه (بقيمته يوم اعتق) (* ١).

وما رواه سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن المملوك يكون بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه قال: ان ذلك فسادعلى اصحابه فلايستطيعون بيعه ولا مؤاجرته قال يقوم قيمة فيجعل على الذي اعتقه عقوبة وانما جعل ذلك لما افسده (* ٢).

 ١) خروجاً عـن شبهة الخلاف وتقريب الاستدلال على المدعى ان القيمي يضمن بمثله وربما تصل النوبة الى القيمة لتعذر المثل فيجب اعلى القيم لأن العين في كل آن مضمونة .

وفيه اولا: انه لاتصل النوبة الى هذا التقريب مع كون المستفاد من حديث أبي ولاد ان المناط يوم الغصب وثانياً لاوجه لضمان اعلى القيم كما مر قريباً فلاحظ.

٢) اذ المفروض ان الثابت في عهدته المثل فيجب على الضامن اداء قيمة
 ما في ذمته فيتم ما افاده الماتن .

٣) بلا خلاف اجده فيه بينناكما في الجواهر (* ٣) لعدم المقتضي للضمان
 فلاحظ.

٤) اذ المفروض ان اليد يد ضمان ومقتضاه الضمان بمقتضى السيرة العقلائية

١) نفس المصدر الحديث: ٦

٧) نفس المصدر الحديث: ٩

٣) الجواهر ج ٣٧ ص: ٨٥

مطلقاً (ا ولو تجددت صفة لاقيمة لها لسم يضمنها (أ واوزادت القيمة لنقص بعضه مما له مقدركا لجب فعليه دية الجناية (أ ولوزادت العين زياده عينية باثره رجع الغاصب بها (ا

مضافاً الى النص الخاص الدال على وجوب رد المغصوب الي مالكه لاحظ ما رواه حماد بن عيسى عن بعض اصحابنا عن العبد الصالح عليه السلام وذكر ما يختص الامام الى أن قال: وله صوافي الملوك ما كان في ايديهم على غير وجه الغصب لأن الغصب كله مردود (* ١).

۱)يمكن أن يكون المرادبالاطلاق ان الضمان ثابت ولولم يكن النقص بفعل
 الغاصب لأنه مقتضى الضمان فلا يختض الحكم بما يكون بفعل الغاصب .

٢) لعدم المقتضي للضمان ومقتضى الاصل عدمه بل لاموضوع له .

 ٣)كما هو مقتضى القاعدة اذ بمقتضى الدليل يجب على الجانى دفع الدية فيجب عليه دفعها وزيادة القيمة لاتقتضي رفع اليد عن وجوب دفعها لعدم مايقتضي ذلك فلاحظ.

٤) بلاخلاف اجده فيه كما في الجو اهرو ادعى عليه الاجماع ويدل على المدعى ما رواه ابن خالد قال سألت أباعبد الله عليه السلام عن رجل أتى ارض رجل فزرعها بغير اذنه حتى اذابلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال زرعت بغير اذني فزرعك لي وعلى ما انفقت أله ذلك أم لا ؟ فقال: للزارع زرعه ولصاحب الارض كراء ارضه (* ٢).

ويدل على المدعى أيضاًما رواه ابن مسلم عن أبيجعفرعليه السلام فيرجل

١) الوسائل الباب ١ من ابواب النصب الحديث : ٣

٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب الغصب الحديث: ١

اكترى داراً وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلا وأشجاراً وفواكه وغير ذلك ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك قال: عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل ويعطيه الغارس ان كان استأمره في ذلك وان لم يكن استأمره فيذلك فعليه الكراء وله الزرع والغرس ويقلعه ويذهب به حيث شاء (*١) ويدل عليه أيضاً ما اورده في الفقيه « وان أتى رجل أرضاً فزرعها بغير اذن صاحبها فلما بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال زرعت بغير اذني فزرعك لي وعلي ما انفقت فللزاع زرعه ولصاحب الأرض كرى ارضه (* ٢).

ويمكن أن يقال كما في الجواهرانه على وفق اصول المذهب وقواعده ضرورة كون الزرع والغرس ملك الغاصب والأرض انما هي من المعدات كالماء والهواء ونحوهما (٣٣).

1) بلا خلاف ولا اشكال _ كما في الجواهر _ وهذا مقتضى القاعدة الاولية اذ المفروض انه لاحق له ويكون تصرفه بلا مجوز فعليه ارشالنقصان ولامقتضي لأخذ الأرش من المالك بل مقتضى حديث عبدالعزيز خلافه قال سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول من أخذ أرضاً بغير حقها أو بنى فيها قال : يرفع بناؤه وتسلم التربة الى صاحبها ليس لعرق ظالم حق ثمقال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم من أخذ أرضا بغير حقها كلف أن يحمل ترابها الى المحشر (* 3).

١) نفس المصدر الحديث ٢

٢) من لا يحضره الفقيه ج ٣ ص ١٤٩ حديث ٩ ذيل الحديث

٣) الجواهر ج ٣٧ ص: ٢٠٣

٤) الوسائل الباب ٣٣٠ من الاجارة الحديث: ٣

تأمل^{(۱} ولوامتز ج المغصوب بجنسه فانكان بما يساويه شارك بقدر كميته⁽¹

۱) نقل عن الشيخ قدس سره ان المالك مخير بين تسليمه واخذ القيمة وبين المساكه ولا شيء له تسوية بين الغاصب في الجناية وغيره وعليه اجماع الفرقه وأخبارهم وقال في الجواهر (* 1): « ولعل المراد بالأخبار الخبرين الواردين في المقام وهو ما عن غياث عن جعفر عن أبيه عليهم السلام قيال : قال علي عليه السلام اذا قطع أنف العبد أو ذكره أو شيء يحيط بقيمته ادى السي مولاه قيمة العبد واخذ العبد (* 7) ورواه الكليني عن على بن ابراهيم نحوه (* 7).

وقال: « لعل المراد ممن الأجماع عدم فرقهم بين الغاصب وغيره في بابي القصاص والديات الا من بعض ويؤيد المدعى ان ردهمع القيمة يوجب الجمع بين العوض والمعوض » .

وكيفكان الذي يختلج بالبال ان مقتضى النص الوارد في المقامعدم الفرق بين الغاصب وغيره واخذ الغاصب باشق الأحوال لادليل عليه فلاحظ ولايبعد أن يكون وجه تأمل الماتن الاشكال في سند الحديث لكن لامقتضي لوجوب كلا الأمرين على الغاصب ومقتضى البراثه عدم وجوب الجمع والله العالم.

٢) اذ الامتزاج بالجنس كما هو المفروض باي نحوكان يقتضي الاشتراك قال في الجواهر « وكل مالين مزج أحدهما بالاخر بحيث لايتميزان تحققت فيهما الشركة اختياراً كان المزج أو اتفاقا مقصوداً به الشركة أولا بلا خلاف اجده فيه بل لعل الاجماع بقسميه عليه » (* ٤).

١) الجواهر ج ٣٧ ص: ١٧٤

٧ و٣) الوسائل الباب ٣٤ من ديات الاعضاء الحديث : ١ و٢

٤) الجواهر ج ٢٦ ص: ٢٩١

وان كانباجود منه اوبالادون فله أن يشارك بقدر ماليته وله أن يطالب الغاصب ببدل ماله (وكذا لوكان المزج بغير جنسه ولم يتميز كالخل بالعسل و نحو ذلك (أو فوائد المغصوب للمالك (أو لواشتراه جاهلا بالغصب رجع بالثمن على الغاصب فلا وبما غرم للمالك عوضاً عما لانفع له في مقابلته اوكان له فيه نفع (ولوكان عالماً فلارجوع بشيء

ولا وجه لما عن السرائر من أن مال المالك كالمستهلك وانه خارج عن ملكه ويقتضيه اصول المذهب انه لادليل على خروجه عن ملكه والاكان اللازم الخروج عن الملك ولوكان الامتزاج بغير اختيار اوباختيارهماورضاهما بلمقتضى القاعدة في مفروض الكلام حصول الشركة وبقاء ملك كل واحد على ماكان عليه .

۱) بتقریب ان الامتزاج یوجب استهلاك مال المالك ولا یمكن تسلیمه بعده
 ولكن مع ذلك لایسقط حقه عن ملكه فله الخیار بین الامرین .

والذي يختلج بالبال أن يقال ان الامتزاجيوجب الشركة ولامقتضي لخروج المال عن ملك مالكه فيتحقق الشركة بالنسبة وبعبارة اخرى انه لامقتضي لخروج الملك عن مملوكية مالكه بل مقتضى القاعدة الشركة في العين بنسبة تفاوت القيمة (٢) الكلام فيه هو الكلام .

- ٣) بلا خلاف _كما في الجواهر _ وهذا على طبق القاعدة الأولية اذالفوائد
 فوائد للمغصوب على الفرض والفائدة تابعة لذي الفائدة فكلها راجع الى المالك
 بلاكلام .
- ٤) اذ المفروض ان العقد فاسد فلم يدخل الثمن في ملك الغاصب ويده يـــد
 ضمان فالمشتري يمكنه الرجوع عليه ومطالبته بما آخذ منه .
 - ه) لأنه مغرور من قبل الغاصب والمغرور يرجع الى من غره .

مما غرم للمالك '' واوزرع الغاصب للارض فيهاكان الزرع له '' وعليه الاجرة '" والقول قول الغاصب في القيمة مــم اليمين وتعذر البينة'ن

(مسألة 1): يجوزلمالك العين المغصوبة انتزاعها من الغاصب ولوقهراً (°

- ٣) بمقتضى النص لاحظ مارواه ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في رجل اكترى داراً وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلاو أشجاراً وفواكه وغير ذلك ولم يستامر صاحب الدار في ذلك قال: عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمة عدل ويعطيه الغارس انكان استأمره في ذلك وان لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء وله الزرع والغرس ويقلعه ويذهب به حيث شاء (١١٨) والحديث وان كان محل الاشكال سنداً لكن المدعى على طبق القاعدة الأولية .
- ٤) لأنه مقتضى الأصل ولكن يشكل بلحاظ حديث ابي ولاد (*٢) فان مقتضى هـذا الحديث انه مع الاختلاف في القيمة في القيمي يكون القول قول المالك مع البينة أو اليمين وبعد ذلك تصل النوبة الى يمين الغاصب اللهم الا أن يقال ان المستفاد من الحديث حكم خاص في مورد مخصوص ولا وجه للتعدي عنه الى كل مورد فلاحظ.

١) لعدم صدق الغرور فلا وجه للرجوع .

٢) فان الزرع للزارع كما تقدم .

ه) هذا على طبق القاعدة الاولية اذ المفروض انه ملكه فيجوز انتزاعه من يد

١) الوسائل الباب ٢ من أبواب الغصب الحديث: ٢

٢) لاحظ ص: ١٠٢

الغاصب باي وجه كان .

1) لااشكال عندهم في اشتراط الايمان في القاضي وانه لايجوز الترافع الى قضاة الجور واستدلوا على المدعى بقوله تعالى يريدون أن يتحاكمواالى الطاغوت وقد امروا أن يكفروا به ويريد الشيطان أن يضلهم ضلالا بعيد (* ١) وبجملة من النصوص منها ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: أيما مؤمن قدم مؤمناً في خصومة الى قاض أو سلطان جاثر فقضى عليه بغير حكم الله فقد شركه في الاثم (* ٢).

ومنها ما رواه سالم بن مكرم الجمال قال: قال أبـو عبدالله جعفر بن محمد الصادق عليه السلام اياكم أن يحاكم بعضكم بعضاً الى أهل الجور ولكن انظروا الى رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوه بينكم فانى قدجعلته قاضياً فتحاكموا اليه (* ٣).

ومنها غيرهما المذكور في الباب ١ من أبواب صفات القاضى من الوسائل ولكن قالوا بأنه لو انحصر استنقاذ الحق بمراجعة الجائر جاز ذلكوذكر فيوجه الجواز امور:

الأول: النصوص الدالة على جواز الحلف كاذباً تقية منها ما رواه اسماعيل بن سعد الأشعري عن أبي الحسن الرضا عليه السلام في حديث قال: سألته عن رجل أحلفه السلطان بالطلاق أو غيرذلك فحلف قال لاجناح عليه وعن رجل يخاف على ماله من السلطان فيحلف لينجوبه منه قال: لاجناح عليه (* ٤).

١) النساء/ ٥٥

٢) الوسائل الباب ١ من أبواب صفات القاضي الحديث : ١

٣) نفس المصدر الحديث : ٥

٤) الوسائل الباب ١٢ من الايمان الحديث: ١

ومنها: ما رواه يونس عن بعض اصحابه عن احدهما عليهما السلام في رجل حلف تقية فقال ان خفت على مالك ودمك فاحلف ترده بيمينك فان لم تر ان ذلك يرد شيئاً فلا تحلف لهم (* ١).

ومنها ما رواه زرارة قال قلت لأبي جعفر عليه السلام نمربالمال على العشار فيطلبون منا ان نحلف لهم ويخلون سبيلنا ولا يرضون منا الا بذلك، قال: فاحلف لهم فهو أحل (احلى) من التمر والزبد (* ٢).

والانصاف ان الجزم بالحكم بهذا التقريب مشكل مع ملاحظة بطلان القياس نعم هذه النصوص لاتخلو عن التأييد للمدعى .

الثاني: انصراف النصوص الدالة على الحرمة عن صورة الضرورة وفيه ان الدليل على المنع الاية الشريفة بالاضافة الى الاجماع ويضاف اليه الاجماع على اشتراط العدالة في القاضي فلاينحصر الدليل في تلك الاخباركي يدعي انصرافها عن صورة الضرورة بل يمكن أن يقال انه يكفي للاشتراط الشك في الاعتبار اذ اعتبار قول الحاكم وكون حكمه فصلا خلاف الاصل الاولى.

الثالث: قاعدة لاضرر بتقريب ان عدم جواز احقاق الحق عند الضرورة وعدم جواز الترافع اليهم يوجب الضرر المنفى في الشريعة المقدسة.

وفيه: ان المشهور عند القوم ان القاعدة لاتقتضي الاثبات بل مفادها النفي فلا مجال لآن يستفاد مسن القاعدة اعتبار قول الجائر وجواز حكومته والا يلزم الالتزام بتأسيس فقه جديد مثلا البيع الغرري فاسد فلو توقف بيع مال كثير على بيعه غرراً فهل يمكن الالتزام بالصحة بمقتضى القاعدة ؟ وقس عليه غيرهمن الموارد كلا مضافاً الى أن الاستدلال بالقاعدة على المدعى يتوقف على القول المشهور بأن

١) نفس المصدر الحديث: ٣

٢) نفس المصدر الحديث: ٦

ولايجوز له مطالبة الغاصب بما صرفه في سبيل اخذ الحق ¹¹ وكذا اذاكان له دين على آخروامتنع من ادائه وصرف مالا في سبيل تحصيله فانه لايجوز له أن يأخذه من المدين ¹⁷ الا اذا اشترط عليه ذلك في ضمن معاملة لازمة (⁷

مفاد القاعدة هو النفى وأما على القول بكون مفادها النهي عن الاضرار كما هـ و مذهب شيخ الشريعة قدس سره وتبعناه فلا مجال للاستدلال كما هو ظاهر .

الرابع ما رواه ابن مهزيارعن علي بن محمد عليهما السلام قال سألته هل نأخذ في أحكام المخالفين ما يأخذون منافى احكامهم فكتب عليه السلام يجوز لكم ذلك ان شاء الله اذا كان مذهبكم فيه التقية منهم والمدارة لهم (* 1).

بتقريب ان المستفادمن الحديث انه هل يجوزلنا ان نأخذ حقوقنا منهم بحكم قضاتهم يعنى اذا اضطررنا اليه كما اذا قدمنا الخصم اليهم .

وفيه اولا: ان الرواية غبرواضحة المراد وثانياً يكون الدليل اخصمن المدعى فان المدعى انه يجوز عند الضرورة والضرورة اعم من التقية والمدارة لهم .

الخامــس الاجماع والتسالم بيــن الاصحاب واشتهار الجواز في الاعصار والامصار فان تم الامر بهذا النحو فهو والا فيشكل الامر والله العالم .

- العدم المقتضي للجوازومجردكون الغاصبعاصياً لايقتضي الجوازوصفوة
 القول ان جواز اخذ مال من شخص يتوقف على دليل شرعي .
 - ۲) الكلام فيه هو الكلام .
- ٣) اذ مع الشرط يثبت لمن له الشرط حق على المشروط عليه يقتضي الزامه
 بالوفاء فلاحظ .

١) الوسائل الباب ١١ من ابواب آداب القاضي الحديث : ١

واذا وقع في يده مال الغاصب جـاز اخذه مقاصة (١ ولايتوقف على اذن الحاكم الشرعي("كمالايتوقف ذلكعلى تعذرالاستيفاء بواسطة الحاكم الشرعي (٣ ولافرق بين أن يكون مال الغاصب مــن جنس المغصوب وغيره (1 كما لافرق بين أن يكون وديعة عنده وغيره (٥

١) لجمله من النصوص منها ما رواه داود بن رزين قال قلت لابي الحسن موسى عليه السلام انى اخالسط السلطان فنكون عندي الجارية فيأخذونها والدابة الفارهة فيبعثون فيأخذونها ثم يقع لهـم عندي المال فلي أن آخذه قال: خذ مثل ذلك ولا تزد عليه (* ١) .

ومنها ما رواه جميل بن دراج قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذي جحده أيأخذه وان لم يعلم الجاحد بذلك ؟ قال: نعم (* ٢) .

ومنها ما رواه على بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهالسلام قال: سألته عن الرجل الجحود أيحل أن اجحده مثل ما جحد؟ قال: نعم ولا تزداد (* ٣). ٢) لاطلاق النصوص الدالة على المقصود .

- ٣) للاطلاق المستفاد من الروايات فلا مجال لأن يقال: التقاص على خلاف
- الأصــل الاولى فيتوقف جوازه على الترافع الا مـع عدم الامكان فانه لاوجه لهذا التفصيل.
 - ٤)كما هو المستفاد من خبر ابن رزين (* ٤).
- ه) النصوص الواردة في المقام متعارضة فمنها مايدل على الجواز لاحظ ما

١) الوسائل الباب ٨٣ من ابواب ما يكتسب به الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث: ١٠

٣) نفس المصدر الحديث: ١٣

ع) مرآنفا

رواه البقباق بأن شهاباً ما راه في رجل ذهبله بالف درهم واستودعه بعد ذلك ألف درهم قال أبو العباس فقلت له خذها مكان الآلف التي أخذ منك فأبي شهاب قال: فدخل شهاب على أبي عبدالله عليه السلام فذكرله ذلك فقال أما انا فأحب أن تأخذ و تحلف (* ١).

ومثله في الدلاله ما رواه على بن سليمان قال : كتبت اليه: رجل غصب مالااو جارية ثم وقع عنده مال بسبب وديعة او قرض مثل خيانة أو غصب ايحل له حبسه أم لا ؟ فكتب نعم يحل له ذلك ان كان بقدر حقه وان كان اكتر فيأخذ منه ما كان عليه ويسلم الباقى اليه انشاء الله (* ٢).

ويدل على الجواز أيضاً ما رواه ابسن جعفر في كتابه عن اخيه قال: سألته عن رجل كان له على آخر دراهم فجحده ثم وقعت للجاحد مثلها عند المجحود، أيحل له أن يجحده مثل ما جحد ؟ قال نعم ولا يزداد (* ٣).

ومنها ما يدل على عدم الجواز لاحظ ما رواه ابن أخي الفضيل بن يسار قال كنت عند أبي عبدالله عليه السلام ودخلت امرأة وكنت أقرب القوم اليها فقالت لي اسأله فقلت عماذا ؟ فقالت : ان ابني مات وترك مالا كان في يد أخي فاتلفه ثم أفاد مالا فأود عنيه ، فلي أن آخذ منه بقدر ما اتلف من شيء ؟ فأخبرته بذلك فقال : لاقال رسول الله صلى الله عليه وآله اد الأمانة الى من اثتمنك ولا تخن من خانك (* ٤) .

وما رواه سليمان بن خالد قال سألت أبــا عبدالله عليه السلام عن رجل وقـع

١) الوسائل الياب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به الحديث: ٢

٢) نفس المصدر الحديث : ٩

٣) الوسائل الباب ٤٨ من أبواب الايمان الحديث : ٤

٤) الوسائل الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ٣

لي عنده مال فكابرني عليه وحلف ثم وقع له عندي مال آخذه لمكان مالي الذي أخذه و أجحده واحلف عليه كما صنع ؟ قال: ان خانك فلا تخنه ولا تدخل فيما عتبه عليه (* ١).

وما رواه معاوية بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال قلت له: الرجل يكون لي عليه حق فيجحدنيه ثم يستودعني مالاالي أن آخذ مالي عنده قال: لا هذه الخيانة (* ٢).

فلابد من علاج التعارض وربما يجمع بين الطرفين بحملما يدل على المنع على الكراهة وفيه انه كيف يمكن الالتزام بالكراهة مع قوله عليه السلام في حديث البقباق « أما انا فأحب أن تأخذ و تحلف » فانه عليه السلام لا يحب المكروه .

وافاد سيدنا الاستاد انه بعد التعارض والتساقط تصل النوبة الى الاخذ باطلاق ما يدل على جواز المقاصه (* *) كخبر ابن رزين (*3) ولكن التعارض مع عدم وجود المرجح لاحد الطرفين ولنا أن نقول ان ما يدل على المنع موافق للعموم الوضعي الكتابي وهو قوله تعالى ان الله يأمر كم أن تؤدوا الامانات الى اهلها (*0) وأيضاً ما يدل على المنع موافق لقوله تعالى والذينهم لامانا تهم وعهدهم راعون (*7).

١) نفس المصدر الحديث ٧

٢) نفس المصدر الحديث: ١١

٣) مباني تكملة المنهاج ج ١ ص : ٤٨

٤) لاحظ ص : ١٢١

ه) الساء/٨٥

٦) المؤمنون/٨

٧) المعارج/٣٢

واذا كان مال الغاصب اكثر قيمة من ماله اخذ منه حصة تساوي ماله وكان بها استيفاء حقه (اولايبعد جواز بيمها اجمع (الواستيفاء دينه من

ويؤيد المدعى بعض النصوص منها ما رواه عمربن أبي حفص قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول اتقوا الله وعليكم بأداء الأمانة الى من اثتمنكم فلو ان قاتل على اثتمننى على أمانة « اداء الأمانة » لاديتها اليه (*١).

ومنها ما رواه عمار بن مروان قال: قال أبوعبدالله عليه السلام في وصيته له: اعلم أن ضارب علي عليه السلام بالسيف وقاتله لو اثتمنني و استنصحني و استشارني ثم قبلت ذلك منه لاديت اليه الامانة (* ٢) فالمستفاد منه التأكيد في اداء الامانة فان قام اجماع تعبدي كاشف على الجواز فهو والا يشكل الجزم بالجواز والله العالم.

ولقائل ان يقول لاتعارض بين الطرفين بل النسبة العموم و الخصوص المطلقتين لاحظ حديث سليمان (* ٣) فان هـذا الحديث دال على المنع في مورد حلف الغاصب فتكون حاصة بالنسبة الى ما يدل على الجواز بالاطلاق فيوجب تقييده ولكن لامجال لهذا الكلام اذ في النصوص ما يدل على المنع بالاطلاق لاحظ ما رواه معاوية (* ٤) و نحن لانقول بانقلاب النسبة فالتعارض باق بحاله ولا يبعد أن يكون الترجيع بالاحدثية مع دليل الجواز .

١)كما صرح به في خبر ابن رزين مضافاً الى أنه مقتضى القاعدة الأوليةفان
 جواز أخذ الزيادة يحتاج الى الدليل .

٢) كماصرح به في الجواهر (* ٥) والأمركما افاده فانالمستفاد من نصوص

١) الوسائل الباب ٢ من احكام الوديعة الحديث: ٢

٧) نفس المصدر الحديث : ٨

٣) لاحظ ص: ١٢٢

٤) لاحظ ص: ١٢٣

٥) الجواهر ج ٤٠ ص: ٣٩٤

الثمن (أو الاحوط أن يكون ذلك بأجازة الحاكم الشرعي (أو الباقي من الثمن يرده الى الغاصب (أو لوكان المغصوب منه قمد استحلف الغاصب فحلف على عدم الغصب لم تجز المقاصة منه (أ

الجواز جوازاخذ المغصوب منه بمقدارحقه وهذا يستلزم جواز التصرف في العين وصفوة القول انه لااشكال في أنه مستفاد من نصوص الباب.

١) هـذا فيما يتوقف الاستيفاء عليه والا يشكل الجزم بالجواز في الأزيد مما
 يتوقف عليه الاستيفاء فلاحظ .

٢) خروجاً عن شبهة الخلاف ولا اشكال في كونه احوط كما لااشكال في أن
 الاحتياط احسن وامالزومه فلا فان مقتضى نصوص الباب جواز المباشرة بلاتوقف
 على اذن الحاكم فلاحظ .

٣) كما هـو مقتضى القاعدة الأولية اذ المفروض انـه ملكه فلابد من ايصاله
 البه .

٤) لجملة من النصوص منها ما رواه خضر النخعي في الرجل يكون له على الرجل مال فيجحده قال: فان استحلفه فليس له أن يأخذ شيئاً وان تركه ولم يستحلفه فهو على حقه (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بخضر.

ومنها ما رواه ابن وضاح قال كانت بينى وبين رجل من اليهود معاملة فخانني بألف درهم فقدمته الى الوالي فاحلفته فحلف وقد علمت انه حلف يميناً فاجرة فوقع له بعد ذلك عندي أرباح ودراهم كثيرة فاردت ان اقتص الألف درهم التى كانت لي عنده واحلف عليها فكتبت الى أبي الحسن عليه السلام فاخبرته اني قد احلفته فحلف وقد وقع له عندي مال فان امرتني أن آخذ منه الألف درهم التي حلف عليها فعلت ، فكتب : لاتأخذ منه شيئاً ان كان ظلمك فلا تظلمه ولولا انك

١) الوسائل الباب ٤٨ من أبواب الايمان الحديث : ١

كتاب احياء الموات

المراد بالموات الارض المتروكة التى لاينتفع بهـا اما لعدم المقتضي لاحيائها وامالوجودالمانع عنهكانقطاع الماء عنهاأواستيلاء المياه اوالرمول اوالاحجار اوالسبخ عليها اونحو ذلك".

(مسألة ١): الموات على نوعين ١ ــ الموات بالاصل وهو مالم يعلم بعروض الحياة عليه أوعلم عدمه كاكثر البراري والمفاوز والبوادي وسفوح الجبال ونحو ذلك ٢ ــ الموات بالعارض وهوما عرض عليه الخراب والموتان بعد الحياة والعمران ٢٠٠٠.

رضيت بيمينه فحلفته لأمرتك أن تأخذ من تحت يدك ولكنك رضيت بيمينه وقد ذهبت اليمين بما فيها فلم آخذ منه شيئاً وانتهيت الى كناب ابي الحسن عليه السلام (*١) وهذه الرواية ضعيفة بحسن بن علي .

ومنها ما رواه ابن خالد (* ٢) ولكن هذه الرواية واردة فيمورد خاصولاً اطلاق لها فاطلاق الحكم مبني على الاحتياط .

١) قال المحقق في الشرايع « وأما الموات فهو الذي لاينتفع به لعطلته اما
 لانقطاع الماء عنه أو لاستيلاء الماء عليه أو لاستيجامه أو غير ذلك من موانع
 الانقطاع » .

٧) الأمركما أفاده فان الموات على النوعين المذكورين.

١) الوسائل الباب ١٠ من أبو اب كيفية الحكم الحديث : ٢

٢) لاحظ ص: ١٢٢

١) لجملة من الروايات منها ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال قال
 رسول الله صلى الله عليه و آله من أحيى ارضاً مواتاً فهو له (١ *).

فان المستفاد من هذا الحديث واشباهه ان الموات من الأرضيملكه بالاحياء وبالفهم العرفي يفهم الاذن في الاحياء للمحيى فلامجال لان يقال كون الاحياء مملكاً اعم من كونه مأذوناً فيه مضافاً الى أن المجواز على الفاعدة بعد عدم كون الارض مملوكة لاحد من آحاد الناس نعم مقتضى جملة من النصوص ان الموات ملك للامام منها ما رواه حفص بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الانفال مالم يوجف عليه بخيل ولا ركاب أو قوم صالحوا أو قوم اعطوا بأيديهم وكل أرض خربة وبطون الاودية فهو لرسول الله صلى الله عليه و آله وهو للامام من بعده يضعه حيث يشاء (* ٢).

فان مقتضى هذه النصوص ان الموات ملك للامام عليه السلام وان ارض الموات من الانفال وعليه لابد في جواز التصرف فيها من اذنه روحي فداه ولكن ينحل الاشكال بأن مادل من النصوص على ملكية الارض بالاحياء يدل بالفهم العرفي على جواز التصرف .

ان قلت الأذن في التصرف صادر من الامام السابق والمالك الفعلي الامام الموجود عجل الله تعالى فرجه الشريف فكيف ينحل الاشكال؟ قلت الظاهر من قوله عليه السلام من احيى أرضاً فهي له بيان الحكم الشرعى والوظيفة المقررة لاالتصدي للاذن المالكي الشخصي كي يتوجه هذا الاشكال اضف الى ذلك انه لااشكال في

١) الوسائل الباب ١ من أبواب احياء الموات الحديث : ٦

٢) الوسائل الباب ١ من ابواب الانفال الحديث : ١

جواز التصرف في هذه الأراضى بلا توقف على الأذن وربما يقال بأن الآحياء سبب للتملك ولو مع فرض عدم جواز التصرف لكن يشكل الالتزام بالاطلاق. اولا انه لا يبعد أن يقال ان دليل كون الاحياء مملكاً منصرف عن صورة عدم الاذن في التصرف وثانياً انه يظهر من كلمات القوم في المقام ان اشتراطه بالاذن اجماعي قال في الجواهر « واما ان اذنه شرط في تملك المحيا فظاهر التذكرة الاجماع ، بل عن الخلاف دعواه صريحاً بل في جامع المقاصد لا يجوز لاحد الاحياء من دون اذن الامام عليه السلام وانه اجماعي عندنا وفي التنقيح الاجماع على أنها تملك اذا كان الاحياء باذن الامام عليه السلام وفي المسالك أنه لا شبهة في اشتراط اذنه في احياء الموات فلا يملك بدونه اتفاقاً » (* ١).

١) لاطلاق جملة من النصوص الدالة على أن الاحياء سبب للملك منها ما رواه محمد بن مسلم عن ابي جعفر عليه السلام قال: ايماقوم احيوا شيئاً من الارض او عمروها فهم احق بها (* ٢).

فان مقتضى اطلاق هذه الرواية عدم الفرق بين كون المحي مسلماً أوغير مسلم مضافاً الى مادل عليه بالخصوص لاحظ ما رواه ابن مسلم قال: سألته عن الشراء من ارض اليهود والنصارى قال ليس به بأس الى أن قال وايما قوم أحيوا شيئاً من الأرض او عملوه فهم احتى بها وهى لهم (* ٣).

وأما حديث أبي خالد الكابليعن أبي جعفر عليه السلام قال: وجدنا في كتاب علي عليه السلام ان الأرض لله يورثها من يشاء من عباده والعاقبة للمتقين انا واهل بيتى الذين اورثنـــا الارض ونحن المتقون والارض كلها لنا فمن احيى أرضاً من

١) الجواهر ج ٣٨ ص: ١١

٢) الوسائل الباب ١ من احياء الموات الحديث: ٣

٣) الوسائل الباب ١ من احياء الموات الحديث : ١

المسلمين فليعمرها فليثود خراجها الى الامام من اهل بيتى وله ماأكل منها الخ (*١) فالمستفاد منه ان احياء المسلم يوجب التملك ولايستفاد منه الاشتراط وبعبارة اخرى لامفهوم للرواية ولا تنافى بين المثبتين .

ويمكن أن يقال ان المستفاد مـن حديث أبي سيار مسمع بن عبدالملك في حديث قال قلت لابي عبدالله عليه السلام اني كنت وليت الغوص فاصبت اربعمأة الف درهم وقد جئت بخمسها ثمانين الف درهمو كرهت أن احبسهاعنك وأعرض لها وهي حقك الذي جعل الله تعالى لك في امو النا فقال: ومالنامن|الارضواخر ج الله منها الا الخمس يا أباسيار الارضكلها لنا فما اخرج الله منها مــن شيء فهو لنا قال قلت له : انا احمل اليك المالكله فقال لى ياأباسيارقد طيبناه لك وحللناك منه فضم اليك مالك وكل ماكان فيأيدي شيعتنا منالارض فهم فيه محللون ومحلل لهم ذلك الى أن يقوم قائمنا فيجبيهم طسق ما كان في ايدي سواهم فان كسبهم من الارض حرام عليهم حتى يقوم قائمنا فيأخذ الارض مـن ايديهم ويخرجهم منهـــا صغرة (٢*)، انه لايجوزالتصرف في الارض المملوكة للامام عليه السلام الالشيعته ولكن الظاهر ان الامر ليس كذلك فان حديث ابن مسلم يدل بوضوح ان الكافر يملك الارض بالاحياء وايضاً يظهر هذا المعنىمن حديث أبي بصير قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شراء الارضين من اهل الذمة فقال: لابأس بأن يشتريها منهم اذا عملوها واحيوها فهي لهم ، وقدكان رسول الله صلى الله عليه وآله حين ظهـر على خيبر وفيها اليهود خارجهم على أن يترك الارض فــى أيديهم يعملونها ويعمرونها (* ٣).

١) الوسائل الباب ٣ من نفس المصدر الحديث: ٢

٢) الوسائل الباب ٤ من الانفال الحديث: ١٢

٣) نفس المصدر الحديث: ١

(مسألة ٣): الموات بالعارض على اقسام: الاول _ مالا يكون له مالك وذلك كالاراضي الدارسة المتروكة والقرى او البلاد الخربة والقنوات الطامسة التي كانت للامم الماضية الذين لم يبق منهم احد بل ولااسم ولارسم او أنها تنسب الى طائفة لم يعرف عنهم سوى الاسم الثاني _ ما يكون له مالك مجهول ولم يعرف شخصه الثالث ما يكون له مالك معلوم أما القسم الاول فحاله حال الموات بالاصل ولا يجري عليه حكم مجهول المالك (واما القسم الثاني ففي جواز احيائه والقيام بعمارته وعدمه وجهان المشهور هو الاول (ولكن

فيقع التعارض بين الطرفين ولا يبعد أن يقال ان الترجيح مع حديث أبي سيار لكونه مخالفاً مع العامة لكن الظاهر انه لايختص الحكم بالشيعة فان السيرة جارية على ترتيب الاثار الملكية على الاراضي التي بايدي غير الشيعة ولو مع العلم بكون السبب للملكية الاحياء.

١ اذ المفروض انه لامالك لهاكى يجريعليها حكم مجهول المالك فيكون
 كبقية الاراضي الموات ويجري عليه حكمهاكما في المتن

٢) يظهر من الجواهر ادعاء الاجماع على كونها للامام ويمكن الاستدلال على كونها له عليه السلام بجملة من النصوص منها ما رواه حفص بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام قال الانفال مالم يوجف عليه بخيل ولاركاب اوقوم صالحوا أو قوم اعطوا بأيديهم وكل ارض خربة وبطون الادية فهو لرسول الله صلى الله عليه وآله وهو للامام من بعده يضعه حيث يشاء (* ١) .

ومنها ما رواه محمد بن مسلم عن أبيعبدالله عليه السلام أنه سمعه يقول ان

١) الوسائل الباب ١ من أبواب الانفال الحديث ١

الانفال ما كان من أرضلم يكن فيها هراقة دم أوقوم صولحوا واعطوا بأيديهم وما كان من ارض خربة اوبطون اودية فهذا كله من الفيىء والانفال لله وللرسول فماكان لله فهو للرسول يضعه حيث يحب (%1) .

ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفرعليه السلام قال: سمعته يقول: الفيىء والانفال ما كان من أرض لم يكن فيها هراقة الدماء وقوم صولحوا وأعطوا بايديهم وما كان من أرض خربة أوبطون أودية فهو كله من الفيىء فهذا لله ولرسوله فما كان لله فهولرسوله يضعه حيث شاء وهو للامام بعد الرسول (* ٢).

ومنها ما رواه احمد بن محمد عن بعض اصحابنا رفع الحديث الى أنقال: قال : وما كان من فتح لم يقاتل عليه ولم يوجف عليه بخيل ولاركاب الاان اصحابنا يأتونه فيعاملون عليه فكيف ما عاملهم عليه النصف او الثلث او الربع أو مما كان يسهم له خاصة وليس لاحد فيه شيء الا ما اعطاه هو منه وبطون الاودية ورؤوس الحبال والموات كلها هي له الخ (* ٣).

ومنها ما رواه اسحاق بن عمار قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الانفال فقال : هي القرى التي قد خربت وانجلى اهلها فهى لله وللرسول وماكان للمملوك فهو للامام وماكان من الارض بخربة لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب وكل ارض لارب لها والمعادن منها ومن مات وليس له مولى فماله من الانفال (* ٤) .

ومنها ما رواه محمد بن مسلمقال: سمعت أبا جعفرعليه السلاميقول: الانفال هو النفل وفي سورة الانفال جدع الانف قال: وسألته عن الانفال فقال: كل أرض خربة او شيء كان يكون للمملوك وبطون الاودية ورؤوس الجبال ومالم يوجف عليه بخيل ولا ركاب فكل ذلك للامام خالصاً (* ه).

١) نفس المصدر الحديث: ١٠

٢) نفس المصدر الحديث: ١٢

٣ و٤ و٥) نفس المصدر الحديث: ١٧ و٢٠ و٢٠

الاحوط فيه الفحص عن صاحبه وبعد اليأس عنه يعامل معه معاملة مجهول المالك فاما أن يشترى عينه من الحاكم الشرعي أووكيله المأذون ويصرف ثمنه على الفقراء وامها أن يستأجره منه هاجرة معينة أو يقدر ما هو اجرة مثله و يتصدق بها على الفقراء (الههذا فيما اذا لم يعلم باعراض مالكه عنه واما اذا علم به جاز احياؤه و تملكة بلاحاجة الى الاذن أصلا(ا وأما القسم الثالث فان أعرض عنه صاحبه

فان مقتضى اطلاق هذه الروايات ان كل ارضخربة مملوك للامام عليه السلام المعروف بينهم وجوب التصدق في مجهول المالك فما وجه الاشتراء من الحاكم وايضاً لاوجه للاجارة كماانه لاوجه للتقدير المذكور في العبارة وكيف كان يجري عليه حكم مجهول المالك من الفحص ثم التصدق أو وجوب الخمس على اختلاف المسلك والذي يختلج بالبال في هذه العجالة انه لاوجه للتوقف والاحتياط بل مقتضى القاعدة انه باق في ملكمالكه الا أن يقال: ان مقتضى عموم النصوص المشار اليهاكونه للامام الا ما خرج بالدليل ان قلت: النسبة بين هذه النصوص ودليل حكم المجهول مالكه العموم من وجه فيقع التعارض بين الدليلين النصوص ودليل حكم المجهول مالكه العموم من وجه فيقع التعارض بين الدليلين

اولا: ان النصوص المشار اليها حاكمة على دليل حكم مجهول المالك وتصرف في موضوعه وبعبارة واضحة: المستفاد من هذه النصوص ان الارض الخربة مملوكة للامام عليه السلام فلاموضوع لدليل حكم مجهول المالك وثانياً على فرض التنزل نقول: العموم في بعض هذه النصوص بالوضع لاحظ مارواه حفص والعموم الوضعي يقدم على العموم الاطلاقي.

٢) اذا قلنـا بأن الإعراض يوجب الخروج عــن الملك فالامر كما افاده اذ

جاز لكل احد احياؤه (اوان لم يعرض عنه فان ابقاه مواتاً للانتفاع به على ثلك الحال من حشيشه أوقصبه أوجعله مرعى لدوابه وانعامه أوانه كان عازماً على احيائه وانما اخر ذلك لانتظار وقت صالح له أولعدم توفرالالات والاسباب المترقف عليها الاحياء ونحو ذلك فلااشكال في عدم جواز احيائه لاحد والتصرف فيه بدون اذن مالكه وأما اذا علم ان ابقائه من جهة عدم الاعتناء به وانه غيرقاصدلاحيائه فالظاهر جوازاحيائه لغيره اذا كان سبب ملك المالك الاول الاحياء وليس له انتزاعه من يد المحيي (أوان كان الاحوط انه لورجع الية

بعد الخروج عن ملك المعرض يدخل في ملك الامام ويشملها اطلاق دليل مملكية الاحياء لكن الماتن لايرى الاعراض مخرجاً وعليه فلا ندري ما الوجه في التفصيل والله العالم .

1) أما على القول بكون الاعراض مخرجاً عن الملك فالامر ظاهر اذ على هذا التقدير يشمله دليل مملكية الاحياء وأما على فرض عدم الالتزام بكون الاعراض مخرجاً عن الملكية فلابد من اقامة دليل على جواز الاحياء وكونه مملكاً اذ دليل الاحياء لايشمل املاك الناس وبعبارة اخرى قوله عليه السلام: «من احيى ارضاً فهى له » لا يقتضي تملك املاك الناس بالاحياء فلابد من التماس دليل آخر ولعله نتعرض لدليله في ذيل الكلام فانتظر.

۲) بلاكلام لان المفروض بقاء الارض في ملكه ولم يعرض عنها ويريد الانتفاع
 بها ان قلت مقتضى اطلاق دليل مملكية الاحياء صيرورة الارض مملوكة للمحيىء
 وان كانت الارض مملوكة للغير لاحظ ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال

قال رسول الله صلى الله عليه السلام من أحيى أرضاً مواتاً فهو له (*١) فاناطلاق الحديث يشمل المقام .

قلت لايبعد أن يقال ان المستفاد من الحديث بحسب الفهم العرفي ان الاحياء يوجب ملكية الأرض التي لاتكون مملوكة للغير هذا بحسب القاعدة الأولية لكن قد ورد في المقام نصوص لابد من ملاحظتها :

منها ما رواه سليمان خالد قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يأتي الارض الخربة فيستخرجها ويجري أنها رها ويعمرها ويزرعها ماذا عليه ؟ قال: الصدقة قلت: فان كان يعرف صاحبها قال فليثود اليه حقه (* ٢) فان المستفاد من هذه الرواية ان الأرض تختص بمالكها ولا تصير مملوكة لمن احياها.

ومنها ما رواه معاوية بن وهب قسال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: ايما رجل أتى خربة بائرة فاستخرجها وكرى أنهارها وعمرهافان عليه فيهاالصدقة فان كانت أرض لرجل قبله فغاب عنها وتركها واخرجها ثم جاء بعد يطلبها فسان الأرض لله ولمن عمرها (*٣).

فان مقتضى هذه الرواية التفصيل بأن المالك الاول ان ترك الارض واخرجها فان المحبىء لها أحــق وتكون مملوكة لمن أحياها وبقانون تقبيد المطلق بالمقيد يقيد الحديث الاول بالحديث الثاني فتكون النتيجة التفصيل.

ويؤكد المدعى بل يدل عليه ما رواه عمر بن يزيد قالسمعت رجلا من أهل الجبل يسأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أخذ ارضاً مواتاً تركها اهلها فعمرها

١) الوسائل الباب ١ من ابواب احياء الموات الحديث : ٦

٢) الوسائل الباب ٣ من أبواب احياء الموات الحديث : ٣

٣) نفس المصدر الحديث: ١

المالك الاول ان يعطى حقه اليه ولايتصرف فيه بدون اذنه ١٠ وأما اذا كان سبب ملكه غير الاحياء من الشراء أوالارث فالاحوط عـدم جواز احيـائه لغيره والنصرف فيه بدون اذنه ولوتصرف فيه بزرع اونحوه فعليه اجرته لمالكه على الاحوط(٢.

(مسألة ٤): كما يجوز احياء البلاد القديمة الخربة والقرى الدارسة التي باداهلها كذلك يجوز حيازة موادها وأجزائها الباقية من الاخشاب والاحجار والاجر وماشاكل ذلك ويملكها الحائز اذا اخذها بقصد التملك^(٣).

وكرى أنهارها وبنى فيها بيوتاً وغرس فيها نخلا وشجراً قال: فقال أبو عبدالله عليه السلام كان امير المؤمنين عليه السلام يقول من احيى أرضاً من المؤمنين فهي له وعليه طسقها يؤديه الى الامام في حال الهدنة فاذاظهر القائم فليوطن نفسه على أن توخذ منه (* ١) فان المستفاد من هذه الرواية منا يستفاد من حديث ابن وهب.

١) لااشكال في حسن الاحتياط.

۲) مقتضى اطلاق حديثي ابن وهب وابن يزيد عدم الفرق بين كون سبب ملك الأول الاحياء وبين ما يكون سببه غير الاحياء من بقية الاسباب لكن على ما يظهر من الجواهر ادعي الاجماع على بقاء الملك اذا كان سبب ملك المالك الاول غير الاحياء والظاهر ان هذه الدعوى أوجبت الاحتياط المذكور في كلام الماتن ولا اشكال في حسن الاحتياط.

٣) بتقريب انه لولم يكن لهامالك تدخلفي المباحات الاصلية فيجوزتملكها

١) الوسائل الباب ٤ من أبواب الانفال الحديث: ١٣

١٣٦ ----- مباني منهاج الصالحين ج ٩

(مسألة ۵): الاراضى الموقوفة التي طرء عليها الموتان والخراب على اقسام

۱ ــ مالا يعلم كيفية وقفها اصلا وانها وقف خاصاو عام او أنها
 وقف على الجهات او على أقوام .

٢ ــ ما علمأنها وقف على اقوام ولم يبقمنهم أثر اوعلى طائفة
 لم يعرف منهم سوى الاسم خاصة .

٣ ــ ما علم انها وقف على جهة من الجهات ولكن ثلك الجهة
 غير معلومة انها مسجد اومدرسة اومشهد اومقبرة اوغير ذلك .

٤ ماعلم انهاوقف على اشخاص ولكنهم غير معلو مين باشخاصهم
 واعيانهم كما اذا علم ان مالكها وقفها على ذريته مع العلم بوجودهم
 فعلا .

۵ ــ ما علم انها وقف على جهــة معينة او اشخاص معلومين
 باعيانهم .

٦ ما علم اجمالا بأن مالكها قد وقفها ولكن لايدرى انه وقفها
 على مدرسته المعينة او على ذريته المعلومين بأعيانهم ولم يكن طريق

ان قلت بعد فرض عدم المالك لها تدخل في مملوكات الامام عليه السلام فانه وارث من لاوارث له قلت لا يبعد أن تكون السيرة جارية على تملك الامور المذكورة بلا نكير فتكون ممضاة عند الشارع هذا ما يخطر ببالي القاصر في هذه العجالة في شرح كلام الماتن والله الهادي الى سواء السبيل.

شرعي لاثبات وقفها على احد الامرين .

أما القسم الاول والثاني فالظاهر انه لااشكال في جواز احيائهما لكل احدو بملكهما المحيي فحالهما من هذه الناحية حال سائر الاراضي الموات (١٠).

1) تارة نقول بأن الوقف مطلقاً لايرجع الى ملك الواقف او ورثته بتقريب ان الوقف قوامه بالتأبيد ولا يتصور فيه الانقطاع وبعبارة الاخرى لايمكن انتفاء الموقوف عليه بالكلية فاذافرضانتفاء مرتبة تصل النوبة الى المرتبة الاخرى واخرى نقول بأنه يتصور فيه الانقطاع اما في الفرض الاول فلا مجال لما افيد في المتن من جواز التملك اذ على هذا الفرض العين الموقوفة باقية على وقفيتها ولهاموقوف عليه ومع بقاء العين على الوقفية وفرض وجود الموقوف عليه لامجال لتملكها بللابد من احراز الموقوف عليه بطريق شرعي كالقرعة مثلا وصرف الموقوفة في ذلك المصرف.

وقال السيداليزدي قدس سره في ملحقات عروته في مسئلة ٢٩ من مسائل كتاب الوقف «اذاكان وقف لم يعلم مصرفه منجهة الجهل به او نسياناً من الاول أو في الاثناء لم يحكم ببطلانه بلا اشكال وحينئذ فبعد اليأس عن ظاهر الحال ان كان الترديدمع لنحصار الاطراف يوزع عليهم او يقرع بينهم وان كان مع عدم الانحصار فانكان الترديد بين الجماعات الغيسر المحصورين كأن لم يعلم أنه وقف على الفقراء أو الفقهاء أو على أولاد زيد أو اولاد عمرو وهكذا، جرى عليه حكم المال المجهول مالكه من التصدق ونحوه فغى خبر على بن راشد» الى آخر كلامه.

فالنتيجة: انه لامجال للتملك بالاحياء ونحوه واما خبر علي بن راشد قال: مألت أبا الحسن عليه السلام قلت: جعلت فداك اشتريت أرضاً الى جنب ضيعتى وأماالقسم الثالث فالمشهور جواز احيائه ولكنه لا يخلومن اشكال فالاحوط لمن يقوم باحيائه وعمارته بزرع أو نحوه ان يراجع الحاكم الشرعي أووكيله ويدفع اجرة مثله اليه أويصرفها في وجوه البروله أن يشتر به منه أويستاً جره باجرة معينة (١ وكذلك الحال في القسم

بألفى درهم فلما وفرت المال خبرت ان الأرض وقف فقال: لايجوزشراءالوقوف ولا تدخل الغلة في ملكك ادفعها الى من اوقفت عليه قلت : لاأعرف لها رباً قال: تصدق بغلتها (* ١) فضعيف بكلا سنديه .

مضافاً الى عدم وضوح مضمونه لأن الامام روحى فداه بمقتضى هذا الحديث امر بدفع الارض السى من اوقفت عليه وبعد أن قال الراوي لاأعرف لها رباً أمر عليه السلام بتصدق غلتها والحال ان الظاهر ان الارض الموقوفة لابدمن اجارتها وصرف الاجرة في الموقوف عليه وأماغلة الارض فباي ميزان يتصدق بها وبعبارة اخرى تكون الغلة مملوكة لمن يزرعها والله العالم .

هذا على تقدير القـول بعدم الانقطاع وأما لو قلنا بامكان الانقطاع فـان قلنا برجوع الوقف الى الواقف ان كان والى وارثه ان لم يكن فعلى تقدير وجودهاو وارثه لابد من دفعها اليه فلاتصل النوبة الى التملك نعم على هذا التقدير لوفرض عدم الواقف وعـدم وارث له تدخـل الارض في الاموال المملوكة للامام فيجوز تملكها بالاحياء.

فتحصل مماتقدم انه لاتصل النوبة الى الاحياء لافي القسم الاول ولافي القسم الثاني الا على القول برجوع الوقف الى ملك الواقف أو وارثه في صورة انتقاء الموقوف عليه وانتقاله الى الامام في فرض عدم الواقف ووارثه .

١) الذي يختلج بالبال ان الوظيفة في مثله القرعة وتشخيص الموقوف عليــه

١) الوسائل الباب ٢ من احكام الوقوف الحديث: ١

الرابع (أوأما القسم الخامس فيجب على مناحياه وعمره أجرة مثله ويصرفها في الجهة المعينة اذاكان الوقف عليها ويدفعها الى الموقوف عليهم المعينين اذا كان الوقف عليهم وهجب أن يكون التصرف هاجازة المتولى اوالموقوف عليهم (ألم).

وأما السادس فيجب على من يقوم بعمارته واحيائه اجرة مثله وصرفها في الجهة المعينة باجازة من اللرية كما انه يجب عليه أن يستاذن منهم ومن المتولي لتلك الجهة أن كان والا فمن الحاكم الشرعى أووكيله(٣).

وببالي ان سيدنا الاستاد أجاب فسي جواب استفتاء كان نظير المقام بلزوم القرعة وعلى كل حــال الظاهر ان المقام مقام الفرعة ولا وجه للتملك بالاحياء مع حرمة التصرف في الوقف وعدم شمول دليل الاحياء الارض المملوكة كما انه لاارى وجها لما افيد في المتن من الوجوه المذكورة .

١) والذي يختلج بالبال أن يقال: ان مقتضى القاعدة في هذه الصورة أن يؤجر الوقف باذن الحاكم وتدفع الاجرة صدقة عن الموقوف عليه بناءاً على أن مجهول المالك مصرفه التصدق عن المالك ولا ارى وجها للاشتراء ولا الصرف في وجوه البر.

۲) الظاهر ان حكم هذا القسم ظاهر فانه يجوز التصرف فيها باذن المتولي
 أو الموقوف عليهم اذ المفروض انها وقف عليهم فامرها راجع اليهم .

٣) الظاهر ان الوظيفة فيــه التوسل بالقرعة وتشخيص الموقوف عليه وبعد
 تشخيصه واحرازه يعمــل على طبق الوظيفة من المراجعة الى المتولى ان كان او

(مسألة ٦): من احبى ارضاً مواتاً تبعها حريمها بعد الاحياء وحريم كل شيىء مقدارما يتوقف عليه الانتفاع به ولايجوز لاحدان يحيى هذا المقدار بدون رضا صاحبه (افحريم الدارعبارة عن مسلك

الموقوف عليه ان كان قابلاللرجوع اليه او الى الحاكم اووكيله والله العالم وعليه التوكل و التكلان .

۱) بلا خلاف اجده _ كما في الجواهر _ مضافاً الى أنه لو لم يعتبر الحريم لا يتر تب على الملك الفائدة المترقبة ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه محمد بن عبدالله قال سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الضيعة وتكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلا او اقل أو اكثر يأتيه الرجل فيقول: أعطني من مراعى ضيعتك واعطيك كذا وكذا درهماً فقال: اذا كانت الضيعة له فلابأس (*١).

فان هذه الرواية ان كانت دالة على جواز بيع مراعى الضيعة فدلالتها على المدعى واضحة اذ عليه تكون دليلا على كون المرعى مملوكاً لمالك الضيعة وان لم تكن دالة على الملكية فلااشكال في دلالتهاعلى اولوية صاحب الضيعة بالمراعى وانه لايجوز مزاحمته فيها .

ويدل على الملكية بوضوح ما رواه ادريس بن زيد عن أبي الحسن عليه السلام قال سألته وقلت: جعلت فداك ان لنا ضياعاً ولنا حدود ولنا الدواب وفيها مراعى وللرجل منا غنم وابل ويحتاج الى تلك المراعى لابله وغنمه أيحل لهأن يحمى المراعى لحاجته اليها، فقال: اذا كانت الارض أرضه فله أن يحمى ويصيرذلك الى ما يحتاج اليه قال: وقلت له: الرجل ببيع المراعى فقال اذا كانت الارض أرضه فلا بأس (* ٢).

١) الوسائل الباب ٩ من أبواب احياء الموات الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب عقد البيع وشروطه الحديث : ١

الدخول اليها والخروج منها في الجهة التي يفتح اليها باب الدار ومطرح ترابها ورمادها ومصب ما ثهاو ثلوحها وماشاكل ذلك اوحريم حائط البستان ونحوه مقدار مطرح ترابه والالات والطين والجص اذا احتاج الى الترميم والبناء الوحريم النهر مقدار مطرح ترابه وطينه اذا احتاج الى الاصلاح والتنقية والمجاز على حافتيه للمواظبة عليه الما

بل لاببعد أن يقال ان دليل تحقق الملكية بالاحياء يقتضي ملكية المرعى باحياء الأرض بتقريب ان احياء كل شيء بحسبه فان المرعى يحيى با يجاد الضيعة فلاحظ.

١) قال في الجواهر: «وحريم الحائط في المباح مقدارمطرح ترابه و آلاته بلاخلاف اجده فيه بل في التذكرة عندنا مشعراً بدعوى الاجماع عليه نظراً الى المساس الحاجة اليه لو استهدم » انتهى (* ١) .

وحيث ان حكم الامثال واحد يمكن أن يقال: ان الحكم في المقام اجماعي ايضاً لوحدة الملاك وهو امساس الحاجة الى الحريم وعدم نصخاص في الحائط ويمكن أن يستدل على المدعى بأن دليل الأحياء بنفسه يقتضي ذلك اذ لمو فرض الاحتياج فلازم كون الأحياء مملكا في المباح جعل الحريم للمحيى فالحريم اما ملك للمحيى واما يكون للمحيى الاولوية بالنسبة اليه .

۲) الكلام فيه هو الكلام وتقدم ما عن الجواهر .

٣) الكلام فيه هو الكلام قال في الجواهر «وحريم الشرب بكسر اوله الذي هو هنا النهر والقناة ونحوهما بمقدار مطرح ترابه والمجاز على حافتيه للانتفاع به ولاصلاحه على قدر ما يحتاج اليه عادة بلا خلاف أجده فيه ويؤمي اليه مضافاً الى أنه المحتاج اليه في تتقيته لاجراء مائه مرفوع ابراهيم بن هاشم رفعه قال حريم

١) الجواهر ج ٣٨. ص: ٤٦

وحريم البئرموضع وقوف النازح اذاكان الاستقاء منها باليد وموضع ترددالبهيمة والدولاب والموضع الذي يجتمع فيه الماء للزرع أو نحوه ومصبه ومطرح ما يخرج منها من الطين عند الحاجة ونحو ذلك وحريم العين ما تحتاج اليه في الانتفاع منها على نحوما مرفي غيرها أوحريم القربة ما تحتاج اليه في حفظ مصالحها ومصالح اهلها من مجمع ترابها وكناستها ومطرح سمادها ورمادها ومجمع اهاليها لمصالحهم ومسيل ما ثها والطرق المسلوكة منها واليها ومدفن موتاهم ومرعى ماشيتهم ومحتطبهم وماشاكل ذلك كل ذلك بمقدار حاجة القربة بحيث لوزاحمهم مزاحم لوقعوافي ضيق وحرج وهي تختلف باختلاف سعة

وملخص الكلام انه بعد ما علم من الشارع المقدس اعتبار الحريم نلتزم به فيكل مورد بحسبه بــل تقدم ان نفس دليل ملكية الاحياء تقتضي اعتبار الحريم فلاحظ .

٧) الكلام فــي المقام هو الكلام والميزان هــو المتعارف وما يحتاج اليه

النهر حافتاه ومايليها (* ١) .

¹⁾ قال الشهيد الثاني قدس سره في المسالك _ على ما نقل عنه _ : « وبسبب اختلاف الروايات وعدم صحتها جعل بعضهم حريم البئر ما يحتاج اليه في السقي منها وموضع وقوف النازح والدولاب وتردد البهائم ومصب الماء والموضع الذي تجتمع فيه سقي الماشية والزرع من حوض وغيره والموضع الذي يطرح فيه ما يخرج منه بحسب العادة » انتهى موضع الحاجة من كلامه رفع مقامه .

١) الوسائل الباب ١١ من أبواب احياء الموات الحديث : ٤

القرى وضيقها وكثرة اهليها وقلتهم وكثرة مواشيها ودوابها وقلتها وهكذا وليس لذلك ضابط غيرذاك وليسلاحد أن يزاحم اهاليها في هذه المواضع (أ وحريم المزرعة ما يتوقف عليه الانتفاع منها ويكون من مرافقها كمسالك الدخول اليها والخروج منها ومحل بيادرها وحظائرها ومجتمع سمادها و نحو ذلك().

(مسألة ٧): الاراضي المنسوبة الى طوائف العرب والعجم وغيرهم لمجاورتها لبيوتهم ومساكنهم من دون تملكهم لها بالاحياء باقية على اباحتها الاصليه "فلايجوز لهم منع غيرهم من الانتفاع بها ولايجوز لهم أخذ الاجرة ممن ينتفع بها (أ وادا قسموها فيما بينهم لرفع التشاجر والنزاع لا تكون القسمة صحيحة فيجوز لكل من المتقاسمين التصرف فيما يخنص بالاخر بحسب القسمة (أنعم اذا كانوا يحتاجون اليها لرعي الحيوان اونحو ذلك كانت من حريم

فلاحظ.

١) بعين التقريب المتقدم فان حكم الأمثال واحد .

٢) فان الحريم يعتبر بمقدار الحاجة وهذا يختلف بحسب اختلاف الموارد.

٣) اذ فرض عدم تحقق سبب الملكية فهي باقية على اباحتها الأصلية .

٤) لعدم اختصاصها بهم بل الكل فيهاسواه فلامجال للمنع كما لامجال لأخذه
 الاجرة.

٥) اذ لامعنى لقسمة المباحات.

املاكهم ولايجوز لغيرهم مزاحمتهم وتعطيل حواثجهم ١٠٠.

(مسألة ٨): للبئر حريم آخروهوأن يكون الفصل بين بئروبئر اخرى بمقدار لايكون في احداث البئر الثانية ضرر على الاولى من جذب ما ثها تماماً او بعضاً او منع جريانه من عروقها و هذا هو الضابط الكلى في جميع اقسامها (٢

۲) يمكن الاستدلال على المدعى بأن الأضرار على الغير حرام فكل مايكون مصداقاً للأضرار يكون حراماً فالضابط تحقق عنوان الأضرار ويدل على المدعى مكاتبة محمد بن الحسين قال: كتبت الى أبسي محمد عليه السلام: رجل كانت له رحى على نهر قرية والقرية لرجل فاراد صاحب القرية أن يسوق الى قريته الماء في غير هذا النهر ويعطل هذه الرحى أله ذلك أم لا ؟ فوقع عليه السلام يتقى الله ويعمل في ذلك بالمعروف ولا يضر أخاه المؤمن (* ١) .

وقد وردت نصوص في بيان حدحريم البئرمنها ما رواه حماد بن عثمان قال سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: حريم البئر العارية اربعين ذراعاً حولها (*٢) ومنها ما رواه عقبة بن خالد عن أبى عبدالله عليه السلام قال: يكون بين البئرين اذاكانت أرضاً صلبة خمس مأة ذراع وان كانت أرضاً رخوة فألف ذراع (*٣).

ومنها ما رواه محمد بن علي بن الحسين قال قضى رسول الله صلى الله عليه وآله ان البئر حريمها اربعون ذراعاً لايحفر الىجانبها بئر اخرى لعطن اوغنم (٤٤)

١) اذ لايجوز التصرف في الحريم كما مر ،

١) الوسائل الباب ١٥ من ابواب احياء الموات الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ١١ من أبواب احياء الموات الحديث: ١

٣) نفس المصدر الحديث: ٣

٤) نفس المصدر الحديث: ٧

(مسألة ٩): للعبن والقناة ايضاً حريم آخر وهوأن يكون الفصل بين عين وعين اخرى وقباة وقناة ثانية في الارض الصلبة خمسمأة ذراع وفي الارض الرخوة ألف ذراع ولكن الظاهر ان هذا التحديد غالبي حيث ان الغالب يندفع الضرر بهذا المقدار من البعد وليس تعبدياً وعليه فلو فرض ان العين الثانية تضر بالاولى وينقص ماؤها مع هذا البعد فالظاهر عدم جواز احداثها ولابد من زيادة البعد بما يندفع به الضرر أويرضى به مالك الاولى كما انه لوفرض عدم لزوم الضرر عليها في احداث قناة اخرى في اقل من هذا البعد فالظاهر جوازه بلاحاجة الى الاذن من صاحب القناة الاولى (اولافرق في ذلك جوازه بلاحاجة الى الاذن من صاحب القناة الاولى (اولافرق في ذلك

وهذه النصوص كلها ضعيفة سنداً ومنها غيرها المذكور في الباب ١١ من أبواب احياء الموات من الوسائل .

١) قد وردت في بيان حد حريم العين عدة روايات منها مــا رواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال مابين بثر المعطن الى بثر المعطن أربعون ذراعاً وما بين بثر الناضح الى بثر الناضح ستون ذراعاً وما بين العين الى العين يعنى القناة خمسمائة ذراع والطريق يتشاح عليه اهله فحده سبع اذرع (* ١) وهذه الروابة ضعيفة .

ومنها مرسل محمد بن حفص عن رجل عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن قوم كانت لهم عيون في ارض قريبة بعضها من بعض فاراد رجل ان يجعل عينه اسفل من موضعها الذي كانت عليه وبعض العيون اذافعل بها ذلك اضر بالبقية من العيون وبعضها لايضر من شدة الأرض قال: فقال: ماكان في مكانشديد

١) نفس المصدر الحديث: ٥

بين احداث قناة في الموات وبيـن احداثها في ملكه فكما يعتبر في الاول أن لا يكون مضرابا لاولى فكذلك في الثانى كما ان الامركذلك في الاباروالانهار التي تكون مجاري للماء فيجوز احداث بئربجرى فيها الماء من منبعها قرب بئر اخرى كذلك وكذلك احداث نهرقرب آخر وليس لمالك الاول منعه الااذا استلزم ضرراً فعند ثذ يجوز منعه (ا

فلا يضر وما كان في أرض رخوة بطحاء فانـه يضر ، وان عرض رجل على جاره ان يضع عينه كما وضعها وهو على مقدار واحد فال : ان تراضيا فــلا يضر وقال يكون بين العينين ألف ذراع (* ١) وهذه الرواية ضعيفة أيضاً .

ومنها مكاتبة محمدبن الحسن (الحسين) قالكتبت الى أبي محمد عليه السلام رجل كانت له قناة في قرية فاراد رجل أن يحفر قناة اخرى الى قرية له كم يكون بينهما في البعد حتى لاتضر احداهما بالاخرى في الأرض اذاكانت صلبة أو رخوة فوقع عليه السلام: على حسب أن لاتضر احداهما بالاخرى ان شاء الله (* ٢).

وهذه الرواية كما ترى جعلت ميز ان الجوازعدم الأضرار فالضابط كما في المتن في الحرمة والجواز تحقق الأضرار وعدمه ففي صورة تحقق الأضرار يحرم والايجوز.

1) اذ الميزان في الحرمة وعدمها تحقق الاضرار وعدمه فلا فرق بين احداث الفناة في الموات وبين احداثها في الملك الشخصي فانه على تقدير الاضرار حرام كما ان الامركذلك في الابار والانهاركما في المتن فان حكم الامثال واحد فال المستفاد من حديث محمد بن الحسين (الحسن) (* ٣) ان الميزان الكلى انه على

١) الوسائل الباب ١٣ من احياء الموات الحديث: ١

٢) الوسائل الباب ١٤ من احياء الموات الحديث: ١

٣) مرآنفا

(مسألة ١٠): يجوز احياء الموات التي في اطراف القنوات والابار في غير المقدار الذي يتوقف عليه الانتفاع منها فان اعتبار البعد المذكور في القنوات والابارانما هو بالاضافة الى احداث قناة اوبثراخرى(١٠).

(مسألة ١١): اذا لم تكن الموات من حريسم العامر ومرافقه على النحو المتقدم جاز احياؤها لكل احدوان كانت بقرب العامر ولاتختص بمن يملك العامر ولااولوية له تقرب .

(مسألة ۱۲): الظاهران الحريم مطلقاً ليس ملكاً لمالك ماله الحريم سواء كان حريم قناة اوحريم بثراو حريم قرية او حريم داراو نهراو غير ذلك " وانما لايجوز لغيره مزاحمته فيه باعتبار انه من

تقدير الاضرار لايجوز ويجـوز منعه كما انه مــع عدم الاضرار يجوز ولا يجوز منعه .

١) لوجود المقتضي وعدم المانع وبعبارة اخرى يجوز احياء الموات على
 الاطلاق ولا يقيد بقيد الا مع عروض عنوان ثانوي .

۲) لعدم ترجيح احد على الاخر بل يجوز الاحياء لكل احد بمقتضى اطلاق
 الدليل ولا دليل على الاختصاص بما لك العامر .

٣) بتقريب انه لادليل على ملكيته فان المملك الاحياء والمفروض انه لـم يتعلق بالحريم فالحريم لايكون مملوكاً للمحيى ويمكن أن يقال ان احياء كلشيء بحسبه مثلا هل يمكن أن يقال ان صحن الدار ليس مملوكاً للمحيى بتقريب ان الاحياء لم يتعلق به فلا يبعد أن يقال: ان الحريم متعلق للاحياء والحق ان المرجع العرف فان صدق عرفاً انه احياه يكون ملكاً والا فلا.

متعلقات حقه (۱.

(مسألة ١٣): لاحريم للاملاك المتجاورة مثلا لوبنى المالكان المتجاوران حائطاً في البين لم يكن له حريم من الجانبين و كذالوبنى احدهما في نهاية ملكه حائطاً اوغيره لم يكن له حريم في ملك الاخر (٧. مسألة ١٤): يجوز لكل مالك أن يتصرف في ملكه بما شاء مالم يستلزم ضرراً على جاره والافالظاهر عدم جوازه كما اذا تصرف في ملكه على نحو يوجب خللا في حيطان دارجاره اوحبس ماء في ملكه بحيث تسري الرطوبة الى بناء جاره اواحدث بالوعة أو كنيفاً مقرب بثر الجارفاً وجب فسادمائها اوحفر بثراً بقرب بثر جاره فاوجب نقصان مائها والظاهر عدم الفرق بين أن يكون النقص مستنداً الى نقصان مائها والظاهر عدم الفرق بين أن يكون النقص مستنداً الى

ولووصلت النوبة الى الشك يكون مقتضى الاصل عدم تحقق الملكية وحديث ادريس بن زيد عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته وقلت: جعلت فداك ان لنا ضياعاً ولنا حدود ولنا الدواب وفيها مراعى وللرجل منا غنم وابل ويحتاج الى تلك المراعى لأبله وغنمه، أيحل له أن يحمى المراعى لحاجته اليهافقال اذا كانت الأرض ارضه فله أن يحمى ويصير ذلك الى ما يحتاج اليه قال: وقلت له: الرجل يبيع المراعى، فقال: اذا كانت الأرض ارضه فلا بأس (* ١)، دال على ملكية الحريم لكن السند مخدوش.

١)كما مر تقريب عدم الجواز .

لا هو ظاهر فان الحريم يتصور في المباحات وأما الملاك الناس فلاتصير

١) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب عقد البيع الحديث: ١

جذب البئر الثانية لماء الاولى وان يكون مستندا الى كون الثانية اعمق من الاول (١ نعم لامانع من تعلية البناء وان كانت مانعة عن الاستفادة من الشمس او الهواء (٢ .

(مسألة ١٥): اذا لزم من تصرفه في ملكه ضرر معتدبه على جاره ولم يكن مثل هذا الضرر أمراً متعارفاً فيما بين الجيران لم يجز له التصرف فيه "ولو تصرف وجب عليه رفعه هذا اذا لم يكن في ترك

حريماً لملك آخرين وان شئت قلمت : الدليل الدال على اعتبار الحريم يختص بالمملوك الحادث في المباح وفي غيره لادليل فلامجال لاعتبار الحريم في غيره.

1) قد مر ان المستفاد من النص عدم جواز الاضرار ولا يعارضه دليل ، اذ قاعدة تسلط الناس على أموالهم (*1) معضعف مدركها لايقتضي جواز الاضرار بالغير وبعبارة اخرى ليس لاحد ان يتصرف في ماله بحيث يضر بغيره وأماحديث لاضرر فعلى تقدير جريانه والالتزام بكون مفاده النفي لاالنهي لايشمل موردالاضرار بالغير فالحق ما أفاده في المتن من عدم الجواز في صورة الاضرار.

٢) يمكن أن يكون الوجه فيه ان تعلية البناء المانع ليس مصداقاً للاضرار
 بل ايجاد مانع عن الانتفاع وهذا لادليل على حرمته ويمكن أن يكون الوجه في
 الجواز التعارف الخارجي وجريان السيرة عليه التي تدل على جوازه شرعاً.

ولا يبعد تحقق السيرة ، وأما الوجه الاول فيرد فيه انه لااشكال في صدق الاضرار وهذاالعرف والعقلاء ببابك فهل يكون قطع جريان الماء او تقليله ضرراً ولا يكون قطع جريان الهواء والاستفادة عن الشمس ضرراً ؟ فتأمل .

٣) اذ قلنا ان المستفاد من الدليل عدم جواز الاضرار بالغير سيما الجارالذي

١) بحار الانوارج ٢ ص ٢٧٢

التصرف ضرر على المالك^{(۱} وأما اذا كان في تركه ضرر عليه ففي جواز تصرفه عندئذ وعدمه وجهان والاحتياط في تسرك النصرف لايترك^{(۱}كما انالاحوط ان لم يكن اقوى ضمانه للضرر الوارد على جاره اذا كان مستنداً اليه عرفاً مثلا لوحفر بالوعة في داره تضرببئر جاره وجب عليه طمها الااذا كان فية ضرر على المالك وعندئة ففي وجوب طمها وعدمه اشكال والاحتياط لايترك^(۱)نعم الظاهرعدم

يتأكد الحكم بالنسبة اليه بمقتضى النصوص التى سيمرعليك بعضها انشاء اللههذا فيما لايكون متعارفاً وأما مـع النعارف الخارجي وجريان السيرة عليه فيمكـن الالتزام بالجواز من بابكونه مأذوناً فيه مـن قبل الشارع بمقتضى السيرة وعدم الاستنكار.

١)كما هو ظاهر فانه لايجوز بقاءًاكما لم يكن جايزاً حدوثاً .

٢) ربما يقال بأنحديث لاضرر يقتضي الجواز فانمقتضاه عدم حرمةالاضرار
 في صورة تضرر المكلف بالترك .

وفيه ان الاستدلال بالقاعدة يتوقف على تمامية القاعدة للاستدلال وأما على تقدير عدم تماميتها كما هـوكذلك على مسلك شيخ الشريعة قدس سره فــلا مجال للاستدلال هذا اولا وثانياً ان احد الضررين يعارض بالاخر ولا ترجيح .

وربما يقال ان دليل حرمة الاضرارمنصرف عنالصورة المفروضة فلايحرم . وفيه انه لاوجه للانصراف فالحق حرمة الاضرار حتى في هذه الصورة .

٣) فان اتلاف مال الغير يوجب الضمان والعجب ان الماتن جمع بين قوله
 « والاحتياط لايترك في ترك التصرف » وبين قوله « ان لم يكن اقوى » في المقام
 اذ لو كان الفعل جايزاً لايكون موجباً للضمان وبعبارة اخرى اذاكان التصرف عن

جريان هذا الحكم لوكان حفر البئر متأخراً عن حفر البالوعة (١.

(مسألة ١٦) : من سبق مـن المؤمنين الى ارض ذات اشجار وقابلة للانتفاع بها ملكها^{(٢}ولايتحقق السبق اليها الابالاستيلاء عليها وصيرورتها تحت سلطانه وخروجها من امكان استيلاء غيره عليها^{(٣}.

(مسألة ۱۷): قدحث في الروايات الكثيرة على رعاية الجار وحسن المعاشرة مع الجيران وكف الاذي عنهم وحرمة ايذا ثهم (

حَى فلا وجه للضمان وان لم يكن جايزاً فاللازم هو الضمان فلا معنى للجمع بين الاحتياط والترديد وبين الجزم فلاحظ.

- 1) بتقريب انه لايصدق الضرر بل عدم النفع والميزان الكليصدق الاضرار عرفاً وبعبارة اخرى اذا كان حفر البئر متأخراً عن احداث البالوعة يصدق ان فلاناً احدث بئراً في موضع لاينفعه ولا يصدق ان بكراً يضربه وهذا العرف ببابك ولتوضيح المدعى نقول لو كان احداث البئر الاول مؤثراً في قلة ماء البئر الثاني هل يمكن أن يقال بأن مالك البئر الاول مضار باحداثه البئرالاول وهل يجب عليه طم بئره ؟كلا ٠
- ٢) فانه لااشكال عندهم في ثبوت حق السبق للسابق في الانتفاء عن المباحات
 الاصلية ولا اشكال في ثبوت هذا الحق بالسيرة القطعية .
 - ٣) فانه امر عرفي كبقية الامور العرفية والظاهر ان ما افاده في المتن تام .
- ٤)من الروايات ما رواه حمزة قال سمعت أباعبدالله عليه السلاميقول المؤمن
 من آمن جاره بوائقه قلت ما بوائقه قال : ظلمه وغشمه (* ١) .

١) الوسائل الباب ٨٦ من ابواب احكام العشرة الحديث ٤

ومنها مارواه الحسين بنزيد عن الصادق عن آبائه عن علي عليه السلام عن رسول الله عليه و آله في حديث المناهي قال: من آذى جاره حرم الله عليه ريح الجنة ومأواه جهنم وبئس المصير ومن ضيع حق جاره فليس منا ومازال جبرئيل يوصيني بالجارحتى ظننت انه سيور ثه (* ١).

ومنها ما رواه عمروبن عكرمة عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث ان رسول الله صلى الله عليه وآله اتاه رجل من الانصار فقال: اني اشتريت دار أمن بنى فلان وان اقرب جيرانى منى جواراً من لاارجو خيره ولا آمن شره قال فامر رسول الله صلى الله عليه وآله علياً وسلمان واباذر ونسيت آخر وأظنه المقداد أن ينادوا في المسجد باعلى اصواتهم بأنه لاايمان لمن لايأمن جاره بو اثقه فنادو ابها ثلاثاً (*٢) وغيرها المذكور في الباب ٨٦ و ٨٦ من أبواب العشرة والباب ١٢ من ابواب احياء الموات من الوسائل .

الاحظ ما رواه طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عن ابيه عليهما السلام قال: قال قرأت في كتاب علي عليه السلام ان رسول الله كتب بين المهاجرين والانصار ومن لحق بهم من اهل يثرب ان الجار كالنفس غير مضار ولا اثم وحرمة الجار على الجار كحرمة امه (* ٣).

وما رواه طلحة بنزيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : انالجار كالنفس غير مضار ولا اثم (*٤) .

١) الوسائل الباب ٨٦ من أبواب احكام العشرة الحديث: ٥

٢) نفس المصدر الحديث: ١

٣) نفس المصدر الحديث: ٢

٤) الوسائل الباب ١٢ من أبواب احياء الموات الحديث : ٢

الاعمار (1 وفى الثالث من كف أذاه عن جاره اقاله الله عثرته يوم القيمه (7 وفى الرابع ليس منامن لم يحسن مجاورة من جاوره وغيره مما قداكد فى الوصية بالجار وتشديد الامر فيه (7 .

(مسألة ١٨) : يستحب للجارالاذن في وضع خشب جاره على حائطه مع الحاجة (١

١) لاحظ مارواه معاوية بن عمارعن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول
 الله صلى الله عليه وآله حسن الجوار يعمر الديار وينسى في الاعمار (* ١) .

وما رواه ابراهيم بن أبي رجاء عن أبيعبدالله عليه السلام قال حسن الجوار يزيد في الرزق (* ٢) .

وما رواه أبو مسعود قال: قال لمي أبو عبدالله عليه السلام حسن الجوار زيادة في الاعمار وعمارة الديار (* ٣).

٢) لاحظ ما رواه أبو بصير قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: من
 كف أذاه عن جاره اقاله الله عثرته يوم القيمة (* ٤).

٣) لاحظ ما رواه أبو الربيع الشامي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال
 والبيت غاص باهله: اعلموا أنه ليس منا ومن لم يحسن مجاورة من جاوره (*٥)

٤) قد نقل في المقام حديثان احدهما : عن النبي صلى الله عليه و آله : « لا يمنعن احدكم جاره أن يغرز خشبه في حائطه » (﴿٣) ثانيهما: «ان الجاريضع جذوعه

١) الوسائل الباب ٨٧ من ابواب احكام العشرة الحديث: ١

٢ و٣) نفس المصدر الحديث : ٢ و٣

٤) الوسائل الباب ٨٦ من ابواب احكام العشرة الحديث: ٧

٥) الوسائل الياب ٨٧ من نفس المصدر الحديث: ٥

٦) نقل الحديث عن البحارج ٣ ص ١٦٤ كتاب المظالم والغصب وروى عن مسلم

ولواذن جاز له الرجوع قبل البناء عليه (اوكذابعد البناء اذا لم يضر الرفع (أو والافالظاهر عدم جوازه (أقلام)

(مسألة ١٩) : لوتداعيا جداراً لايد لاحدهما عليه فهو للحالف مع نكول الاخر^()

في حائط جاره شاء أم أبسى » (* ١) والحديثان لااعتبار بهما سنداً والاستحباب المذكور في المتن على طبق القاعدة .

١)كما هو ظاهر لعدم ما يقتضي الزامه بعدم الرجوع.

 ٢) لكونكل احد مسلطاً على مال نفسه ولا يجوز لاحد أن يتصرف في مال غيره بلا اذنه .

٣) بتقريب ان الأذن في ذلك يقتضي الدوام وبلزوم الضرر ويرد على الاول انالاذن المقتضي للدوام لايستلزم عدم الرجوع فان الاعارة تقتضي الدوام ومعذلك يجوز الرجوع للمعير وعلى الثاني بأن منع المالك عن طلب النزع عن ملكه ضرر عليه مضافاً الى أنه لا يبعد انصراف القاعدة عن صورة الاضرار بالغير ويضاف الى ما ذكر انه يتوقف الاستدلال على القول المشهور وأما على مسلك شيخ الشريعة قدس سره القائل بكون مفاد القاعدة النهي فلا يتم الاستدلال .

ان قلت: اذا اذن في الدفن لايجوز له الرجوع ففى المقام أيضاً لايجوز له قلت ان قلنا بحرمة النبش في الصورة المفروضة فالقياس مع الفارق وان لم نقل بالحرمة فالحكم في المقيس عليه مشكل فكيف بالمقيس .

٤) بتقريب : انه لايكون خارجاً عنهما فاذاحلف احدهما ونكل الاخر يحكم
 بعدم الملكية للناكل فيكون للحالف وبعبارة اخرى مقتضى القاعدة كونه مشتركاً

١) نقل ان الخرائطي رواه عن مكارم الاخلاق من حديث ابي هريرة

ولوحلفا أو نكلا فهو لهما (اولواتصل ببناء احدهمادون الاخر أوكان له عليه طرح فهوله مع اليمين(٢ .

(مسألة ٢٠): اذا اختلف مالك العلوومالك السفلكان القول قول مالك السفل كان القول قول مالك العلوفي السقف وجدران الغرفة والدرجة وأما المخزن تحت الدرجة فلايبعد كونه لمالك السفل وطريق العلوفي الصحن بينهما والباقي للاسفل ".

بينهما لكن حيث ان كل واحد منهما مدعياً لتمامه والاخر يكون منكراً لاشتراكه ولا بينة تصل النوبة الى الحلف فلو حلف احدهما ونكل الاخر يحكم بعدم كون الناكل شريكاً فيكون للحالف .

١)كما هو ظاهر اذ الامركما قلنا دائربينهما وبعد عدم تأثير الحلف للتعارض
 يكون لهما .

۲) اذ مقتضى الظاهر كونه الذي اليد فالبينة على المدعي ومع عدمها تصل النوبة الى يمين المنكر ويمكن الاستدلال على المدعى بحديث منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن خص بين دارين فزعم ان علياً عليه السلام قضى به لصاحب الدار الذي من قبله وجه القماط (* ١).

وحديث جابرعن ابيه عن جده عن علي عليه السلام أنه قضى في رجلين اختصما اليه في خص فقال: ان الخص للذي اليه القماط (* ٢).

٣) الميزان في التقديم صدق اليد وان جدران البيت تحت يد ماليك السفل
 فالقول قوله بالنسبة اليه وأما السقف وجدران الغرفة والدرجه تحت يد مالك العلو
 فالقول قوله وقس على ما ذكر الباقى من المذكورات والظاهران المناط الصدق

١ و٢) الوسائل الباب ١٤ من احكام الصلح الحديث: ١ و٢

(مسألة ٢١): يجوز للجار عطف اغصان شجرجاره عن ملكه اذا تدلت عليه (١ مان تعدر عطفها قطعها باذن مالكها (١ فدان امتنع اجبره الحاكم الشرعي (٣ وراكب الدابة اولى بها من قابض لجامها (١ ومالك الاسفل أولى بالغرفة المفتوح بابها الى الجار من الجار مع التنازع واليمين وعدم البينة (٥).

(مسألة ٢٢): يعتبر في تملك الموات أن لانكون مسبوقة بالتحجير من غيره ولو احياها بدون اذن المحجر لم يملكها (أو يتحقق التحجير

- ١) لأن المالك مسلط على مملوكه فله اخراج ملك الغير عن ملكه .
 - ٢) بلا اشكال اذ مع الاذن من المالك يجوز التصرف .
 - ٣) لأن الحاكم ولي الممتنع .
- ٤) بتقريب ان الدابة في تصرف الراكب وتحت سلطته فالفول قوله .
- هو ظاهر فان الغرفة في يد مالك الاسفل فالةول قوله مع يمينه كما هو المقرر.
- ٦) قال في الجواهر: « الشرط الخامس ان لايسبق اليه سابق بالتحجير فان التحجير عندنا كمافي التذكرة يفيد اولوية واختصاصاً لاملكاً للرقبة التي لاتملك الا بالاحياء الذي هو غير التحجير وان ملك به التصرف في المحجرومنع الغيرحتى لو تهجم عليه من يروم الاحياء كان له منعه ودفعه عن ذلك بل لو قاهره فاحياه لم يملك بلا خلاف بل يمكن تحصيل الاجماع عليه (* ١).

فالامر متسالم عليه بينهم بالاضافة الى أنــه لايبعد ان المغروس فــي اذهان

العرفي .

۱) الجواهر ج ۳۸ ص: ۵٦

كتاب احياء الموات بكل مايـــدل على ارادة الاحياء كوضع الاحجار في اطرافها اوحفر اساس اوحفربثر من آبار القناة الدارسة الخربة فانه تحجير بالاضافة

الى بقية آبار القناة بل هو تحجير ايضاً بالاضافة الى الاراضي الموات التي تسقى بمائها بعد جريانه فلايجوز لغيره احياء هاكما انه لوحفر بئراً في الموات بالاصل لاحداث قناة فيها فالظاهر انه تحجير بالاضافة

الى اصل القناة وبالاضافة الىالاراضىالموات التي يصل اليهاماؤها بعد تمامها وليس لغيره احياء تلك الاراضى ١٠.

(مسألة ٢٣): التحجير كما عرفت يفيد حق الاولوية ولايفيد الملكية ولكن مع ذلك لاباس بنقل ما تعلق به بما هو كذلك ببيع أوغيره هما هو غيرقا بل للنقل انما هو نفس الحق حيث انه حكم شرعي غير

المتشرعة ان التحجير يوجب الاولوية للمحجر مضافاً الى قاعدة السبق المشهورة بين القوم ويدل عليه بعض النصوص لاحظ ما عن النبي صلى الله عليه و آله قال : « من سبق الى مالا يسبقه اليه المسلم فهو احق به » (* 1) .

فالنتيجة: انه لايجوزمزاحمة المحجر فان زاحمه احد فاحياالارض لايملكها خلافاً لما يحكى عن جامع الشرايع على ما في الجواهر انسه قال يملك الاخر ويكون قداساء والدليل على المدعى الاجماع والتسالم وتناسب الحكم والموضوع يقتضيه وأما النبوي ان النبي صلى الله عليه وآله قال: من احاط حائطاً على أرض فهى له (* ۲) فلا اعتبار بسنده.

١) لايبعد صدق العنوان بالامور المذكورة في المتن .

١) مستدرك الوسائل الباب ١ من أبواب احياء الموات الحديث: ٤

٧) مستدرك الوسائل الباب ١ من أبواب احياه الموات الحديث: ٣

قابل للانتقال وأما متعلقه فلامانع من نقله¹¹ .

(مسألة ٢٤): يعتبر في كون التحجير مانعاً تمكن المحجر من القيام بعمارته واحيائه فان لم يتمكن من احياء ما حجره لمانع من الموانع كالفقر أوالعجز عن تهيئة الاسباب المتوقف عليها الاحياء جاز لغيره احياؤه وكذا الحال فيما لوحجر زائداً على ما يقدر على احيائه فانه لااثرلتحجيره بالاضافة الى المقدار الزائد "وعليه فلوحجر الموات من كان عاجزاً عن احيائها ليس له نقلها الى غيره بصلح أوهبة أوبيع اونحو ذلك" .

(مسألة ٢٥): لايعتبر في التحجير أن يكون بالمباشرة بل يجوز أن يكون بالتوكيل (أو الاستيجار وعليه فالحق الحاصل بسبب عملهما للموكل و المستأجر لاللوكيل و الاجير (أه وأما اذا وقع التحجير عن

الذي يتصور أن ذا الحق يرفع اليد عن حقه كى يفتح الطريق لغيره وأما نقل العين فلا نفهم ما معناه أذ المفروض أن ما تعلق به الحقمن المباحات فكيف يكون قابلا للنقل بالصلح أو الهبة .

۲) لعدم الدليل على ازيد من هذا المقدار وان شئت قلت: لادليل على كون
 التحجير موجباً لحصول حق الاولوية على نحــو الاطلاق بل يحصل بالمقدار
 المتعارف وهو هذا المقدار فمن لايكون قادراً على الاحياء لايثبت له الحق .

٣) بل تقدم انه لادليل على جواز النقل حتى في مورد تحقق الحقوالاولوية
 ٤) لجريان الوكالة وجوازها في مثل هذه الامور .

ه) الاجير اذا كان وكيلا عن المستأجر يدخل في عنوان الوكالة وإن لم يكن

شخص نيابة عن غيره ثم اجاز النيابة فهل يثبت الحق للمنوب عنــه اولا ؟ وجهان لايبعد عدم الثبوت^{(١}.

(مسألة ٢٦): اذا انمحت آثار التحجير فان كان منجهة اهمال المحجر بطل حقه وجاز لغيره احياؤه (٢ وأما اذا لم يكن من جهـة اهماله وتسامحه وكان زوالها بدون اختياره كما اذا أزالهـا عاصف ونحوه ففي بطلان حقه اشكال (٣.

وكيلا فبأي عنوان يحجر ويمكن دفع الاشكال بأن المستأجر يحجر الارض بالواسطة . و بعبارة اخرى الموضوع للاولوية التحجير ولافرق بين كونه بالمباشرة أو بالواسطة .

 ۱) الذي يخطر بالبال عاجلا انه لادليل على صحة النيابة الافي بعض الموارد المنصوصة كالنيابة في الحج أو الصلوة و الصوم فعلى هذا فلامجال لجريان الفضولي فيها لكن مرجع اجازة النيابة الى اجازة الوكالة و المفروض صحة الفضولي .

ولعل وجه اشكال الماتن عـدم دليل يشمل المقام وبعبارة اخرى دليل تحقق الاولوية بالتحجير هي السيرة ولابد من الاقتصار فيهاعلى القدر المتبقن والله العالم.

۲) لعدم دليل على بقاء الحق ومقتضى الاصل عدم بقائه و بعبارة اخرى مقتضى
 الاستصحاب عدم جعل حق زائد على المقدار المعلوم .

٣) يمكن أن يقال انسه لادليل على بقاء حقسه الا استصحاب البقاء وهذا الاستصحاب معارض باستصحاب عسدم الجعل الزائد مضافاً الى أن مقتضى دليل الاحياء جوازاحيائه وتملكه فمقتضى الاطلاق صيرورة الارض ملكاً للمحيي الثاني الا أن يقال مع جريان استصحاب بقاء الحق لامجال للأخذ بالاطلاق اذمع الاصل في السبب لامجال للأخذ باطلاق دليل الاحياء وبعبارة اخرى بعد احر از الموضوع بالاستصحاب لاتصل النوبة الى الآخسذ بالاطلاق فالعمدة الاشكال في جريان

(مسألة ٢٧): اللازم على المحجران يشتغل بالعمارة والاحياء عقيب التحجير (افلو الهمل وترك الاحياء وطالت المسده ففي جواز احيائه لغيره بدون اذنه اشكال فالاحوط ان يرفع أمره الى الحاكم الشرعي مع بسط يده أووكيله فيلزم المحجر باحد أمرين اماالاحياء اورفع اليد عنه (انعم اذا أبدى عذراً مقبولا بمهل بمقدار زوال عذره فاذا اشتغل بعده بالتعميرونحوه فهوو الابطل حقه وجازلغيره احياؤه (الما اذا لم يكن الحاكم فالظاهر سقوط حقه ايضاً اذا اهمل بمقدار بعدعرفاً تعطيلا له أو الاحوط الاولى مراعاة حقه الى ثلث سنين (العلام سنين العالم سنين العالم سنين الما المناسلة الما المناسلة الما المناسلة الما الله الما المناسلة المناسلة المناسلة المناسلة الما المناسلة ال

الاستصحاب فلاحظ.

١) بتقريب انه لادليل على او لويته حتى مع الاهمال .

لااشكال فيحسن الاحتياط وأمامقتضى الصناعة فالظاهرجواز الاحياءلغيره
 بلارفع الامر الى الحاكم بالتقريب الذي ذكرناه وهو الاخذباطلاق دليل الاحياء.

٣) اذ مع العذر لا يصدق الاهمال فيكون الحق باقياً وليعلم أن الحكم داثر،
 مدار الواقع ففي صورة الاهمال يسقط حقه وفي صورة كونه معذوراً يبقى الحق
 فلو شك في الاهمال وعدمه يحرز بقاء الحق بالاستصحاب في الظاهر.

٤) بل الامركذلك مع وجود الحاكم ايضاً كما تقدم .

ه) لاحظما رواه يونسعن العبد الصالح عليه السلام قال: قال: ان الارض
 لله تعالى جعلها وقفاً على عباده فمن عطل أرضاً ثبلاث سنين متوالية لغير ما علة
 اخذت من يده ودفعت الىغيره ومن ترك مطالبةحق له عشرسنين فلاحق له(*١)

١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب احياء الموات الحديث : ١

(مسألة ٢٨): الظاهر انه لايعتبر في التملك بالاحياء قصد التملك بل يكفي قصد الاحياء والانتفاع به بنفسه أومن هو بمنزلته فلوحفر بثراً في مفازة بقصد ان يقضى منها حاجته ملكها (الحرف وأعرض عنها فهي مباحة للجميع (الحرف عنها فهي مباحة للحرف عنها فهي مباحة للحرف المرفق المرفق

(مسألة ٢٩): لابد في صدق احياء الموات من العمل فيه الى حد يصدق عليه احد العناوين العامرة كالدار والبستان والمزرعة والحظيرة والبئر والقناة والنهر وماشاكل ذلك ولذلك يختلف ما اعتبر في الاحياء باختلاف العمارة فما اعتبر في احياء البستان والمزرعة ونحوهما غير ما هو معتبر في احياء الدار وماشاكلها وعليه فحصول المك تابع لصدق أحد هذه العناوين ويدور مداره وجوداً

والرواية ضعيفة سندأ.

1) لاطلاق دليل مملكية الاحياء فان مقتضى اطلاقه عدم التقييد بقصدالتملك.

٢) تارة نقول بأن الاعراض يوجب خروج الملك عن ملك مالكه كما لايبعد القول به واخرى لانقول كما لايقوله الماتن فان قلنا بأن الاعراض يوجب الخروج عن الملك فلا اشكال في كونه مباحاً للجميع بل يجوز تملكه لكل احد ، واماان لم نقل بذلك بل قلنا بكونه باقياً في ملك المعرض فلا يبعد أن يكون الوجه في الجواز في نظر الماتن احد امرين:

احدهما : انه مسع فرض الاعراض يرضى بتصرف كل احد فيه بـأن يقال : الاعراض يستلـزم الاباحة لكل احــد أن يتصرف فيه ولكن للمناقشة في الملازمة مجال اذ ربما يقال انه لاتنافي بين الاعراض وعدم طيب النفس بالتصرف من كل

(مسألة ٣٠): الاعراض عن الملك لايوجب زوال ملكيته^{(٢}نعم

احد كالغاصب لال محمد صلى الله عليه و آله مثلا .

ثانيهما : السيرة الجارية فان مقتضاها جـواز التصرف في العين التى أعرض عنها مالكها .

1) ما افاده تام فان الحكم تابع للموضوع وتحقق الملكية منوط بتحقق الاحياء فلابد من صدقه باحد الامور المذكورة في المتن ومع الصدق واحراز الموضوع يحكم بالملكية ومع الشك يحكم بعدم تحقق الملكية بل يحكم بعدم الاحياء على ما بنينا عليه من صحة جريان الاستصحاب في الشبهة المفهومية اذا كان الشك من حيث المفهوم وأما اذا كان الشك من جهة الشبهة المصداقية فالامر أوضح .

۲) بتقريب: انه لادليل على الخروج وبعبارة اخرى الخروج عن الملك يحتاج الى سبب من الاسباب والمفروض عدم تحقق سبب من اسبابه لكن الظاهر ان العقلاء يسرون الاعراض موجباً للخروج عن الملكية ولذا نرى ان المتشرعة يتصرفون في الاعيان التى اعرض عنها بلا ملاحظة رضا المعرض وعدمه والحال انه لو لم يكن خارجاً عن ملك المالك كيف يجوز التصرف فيه بدون اذنه ولا يجوز لاحد التصرف في مال الغير الا باذنه واذا مات المعرض لايراجعون وارثه.

وبعبارة اخرى ان العقلاء يرون المال المعرض عنه من المباحات ولولاه لم يكن وجه لجواز تملكه انقلت الاعراض يقتضي اباحة التملك فاذا تملكه احديكون مملوكاً له قلت مضافاً الى النقاش في هـذا الاقتضاء على نحو الاطلاق كما تقدم لادليل على تأثير الاباحة النفسية بلحتى مع الاذن الصريح لحصول الملكية للمتملك نعم لااشكال في جواز تملك المباحات الاصلية التي لامالك لها وأما المال الذي

كتاب المشتركات ------

اذا سبق اليه من تملكه ملكه (أوالا فهويبقى على ملك مالكه فاذامات فهولوار ثه(٢ ولايجوز النصرف فيه الاباذنه اواعراضه عنه(٣.

كتاب المشتركات

المراد بالمشتركات الطرق والشوارع والمساجد والمدارس والربط والمياه والمعادن⁽¹⁾.

(مسألة ۱): الطريق على قسمين نافذوغير نافذ أما الاول فهو الطريق المسمى بالشارع العام و الناس فيه شرع سواء ولا يجوز التصرف لاحد فيه باحياء أو نحوه ولا في أرضه ببناء حائط أو حفر بثر أو نهرأو مزرعة أوغرس أشجارو نحوذلك وان لم يكن مضراً بالمارة وأما حفر بالوعة فيه ليجتمع فيها ماء المطر و نحوه فلا اشكال في جوازه لكونها من

يكون مملوكاً للغير فلايجوز تملكه باباحة مالكه .

- ١) يمكن أن يكون ناظراً الى جريان السيرة عليه .
- ٧) اذ على فرض بقائه على ملك مالكه ينتقل بعد موته الى وارثه بالارث .

٣) لأن المفروضان الذي اعرض عنه مات والمالك لم يعرض فينوط التصرف باذن وارثه ورضاه فلاحظ والحمدللة أولاو آخراً وظاهراً وباطناً والصلاة على محمد وآله الطاهرين الى يوم الدين .

٤)قال في الجواهر: « وهى الطرق والمساجد والمشاهد والوقوف المطلقة
 كالمدارس والربط والخانات والمقابر والمساكن ونحوها مما هو مشترك المنفعة
 بين الناس اجمع حتى الموات الذي لم يرد احياءه » .

مباني منهاج الصالحين ج ٩ مصالحه ومرافقه وكذا لابأس بحفر سرداب تحته اذا أحكم أساسه وسقفه كماانه لاباس بالتصرف فيفضائه باخراج روشن أوجناح أو فتحباب أونصب ميزاب أوغير ذلك والضابط ان كل تصرف في فضائه لايكون مضراً بالمارة جائز".

(مسألة ٢): لوأحدث جناحاً على الشارع العامثم انهدماً وهدم فان كان من قصده تجديده ثانياً فالظاهر انه لايجوز للطرف الاخر اشغال ذلك الفضاء وأن لم يكن من قصده تجديده جازذلك".

١) لااشكال في عدم جواز التصرف بما يكون مضراً بالمارة فان مقتضى السيرة عدم الجوازوأماالتصرف الذي لايكون مضرأبا لمارة ولايكون مزاحمأ لهم فمقتضى الاصل الأولى هو الجواز والمنع يحتاج الى دليلكما هو ظاهرولايتوقفالجواز على كون النصرف من مصالح الطريق كحفر البالوعة ليجتمع فيها ماء المطر بــل مادام لايكون مضرأ بمصالح المارة يكون مقتضى الاصل هو الجوازكما هو المقرر والوجه فيه : انه لامقتضى للحرمة وانماالثابت بالاجماع والسيرة عدم جواز مزاحمة المارة فكل تصرف لايترتب عليه هذا المحذور على نحو الاطلاق والعموم يكون جايزاً بمقتضى الاصل الاولي والمنع يحتاج الى الدليل .

٢) أما في صورة عدم قصده تجديده فيسقط حقمه ويجوز للغير اشغال ذلك وهذا واضح وأما مع قصده تجديده فالظاهر ان الوجه في عدم الجواز حقالسبق فان السابق أحق وقد دلت على المدعى جملة من النصوص:

منها: ما ارسله محمدبن اسماعيل عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له نكون بمكة أو بالمدينة أو الحيرة أوالمواضع التي يرجى فيها الفضل فربما حرج الرجل

(مسألة ٣): الطريق الذي لايسلك منه الى طريق آخر أوأرض مباحة لكونه محاطأ بالدور من جوانبه الثلاثة وهو المسمى بالسكة المرفوعة والدربية فهوملك لارباب الدور التي أبوابها مفتوحة اليه دون كل من كان حائط داره اليه وهو مشترك بينههم من صدره الى ساقه وحكمه حكم سائر الاموال المشتركة فلا يجوز لكل واحد منهم

يتوضأ فيجيء آخر فيصير مكانه فقال : من سبق السي موضع فهو أحق بــه يومه وليلته (* ١) وهذه الرواية ساقطة بالارسال .

ومنها : ما أرسله ابن أبي عمير عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سوق المسلمين (** Y) القوم خ ل (** Y) كمسجدهم يعنى اذا سبق الى السوق كان لــه مثل المسجد (** Y) وهذه الرواية ساقط بالارسال .

ومنها : قوله عليه السلام : « من سبق الى ما لم يسبقه اليه المسلم فهو أحق به (* *) » والرواية ضعيفة .

ومنها: ما رواه طلحة بـن زيد عن أبـي عبدالله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان فهو أحقبه الى الليل وكان لايأخذ على بيوت السوق كراء (* ٤).

وهذه الرواية ضعيفة بطلحة حيث انه لم يوثق لكن لاشبهة في أنحق السبق من الحقوق المسلمة في الشريعة المقدسة وعليه جريان السيرة فلا مجال للاشكال

١) الوسائل الباب ٥٦ من ابواب احكام المساجد الحديث: ١

٢) الوسائل الباب ١٧ من أبواب آداب التجارة الحديث: ٢

٣) مستدرك الوسائل الباب ١ من ابواب احياء الموات الحديث: ٤

٤) الوسائل الباب ٥٦ من ابواب احكام المساجد الحديث : ٢

١) قال العلامة قدس سره في التبصرة : « المشهور بين الاصحاب انه يشترك المتقدم والمتأخر في المرفوعة الى البابالاول وصدر الدرب ويختص المتآخر بما بين البابين ولكل منهما تقديم بابه لاتأخيره » .

وعن الشهيد في الدروس تقوية اشتراك الجميع في الجميع واختاره المحقق الاردبيلي كما نفل عنه ويمكن أن يستدل على الملكية _ كما في الجواهر في كتاب الصلح _ ان الدربية ملك لارباب الدور بو اسطة الاحياء فان احياء كلشيء بحسبه كما ان حيازة كل شيء كذلك فيشمله دليل من أحيى أرضاً فهي له ومن حاز شيئاً ملك وحيث ان الاحياء تتحقق بفعل ارباب الدور تكون الدربية ملكاً لهم بنحو اشتراك الجميع في الجميع .

وقال في الحدائق (*۱) في كتاب الصلح: «البحث الثالث: لو كان في السكة المرفوعة أبواب بعضها أدخل من الاخر فهل يشترك جميعهم في جميع السكة فيكون الاستحقاق في جميعها لجميعهم أم شركة كل واحد يختص بما بين رأس السكة وباب داره لأن محل تردده هو ذلك المكان خاصة ؟ المشهور بين الاصحاب الثاني والوجه فيه ان المقتضي لاستحقاق كل واحد هو الاستطراق ونهايته بابه فلا يشارك في الداخل فحكمه بالنسبة الى هذا الداخل الزائد على بابه حكم الاجنبي من غير اهل السكة وقيل بالاول في شترك الجميع عنى الجميع حتى في الفضلة الداخلة عن الابواب وهو صدر السكة ان كان ذلك وعلل باحتياجهم الى ذلك عند ازدحام الاحمال ووضع الأثقال عند الادخال والاخراج » الى آخر ما أفاده في المقام مفصلا .

والانصاف ان الجزم باحد الطرفين مشكل اذ لانص وايضاً لم يقم اجماع

۱) ج ۲۱ ص ۱۲۰۳

(مسألة ٤): لايجوزلمن كان حائط داره الى الدربية فتح باب اليها للاستطراق الاباذن أربابها (أنعم له فتح ثقبة وشباك اليها أوأما فتح باب لاللاستطراق بللمجرد دخول الهواء أو الاستضائة فلايخلو عن اشكال (1).

(مسألة ۵) : يجوز لكل من أصحاب الدربية الجلوس فيهـــا

تعبدي على شيء من هذه الاحكام فالمقدار المعلوم المسلم من الشرع يبنى عليه وفي الزائد يعمل على طبق الاصل الاولي ومقتضاه الجواز فانقدح بما ذكرنا ان ما أفاده في المتنمن كون الدربية ملك لارباب الدور فمضافاً الى أنه خلاف مقالة المشهور يشكل اقامة الدليل عليه اذ لقائل أن يقول ان دليل الاحياء والحيازة لايقتضي الاشتراك لأن احداث الدور من قبل أربابها لم يكن في زمان واحد .

وبعبارة اخرى: هومن الامور التدريجية فلاوجه لاشتراك الجمع في الجميع اللهم الا أن يقال: بأن التدريج ليس قابلا للانكار لكن بعد تحقق الدرب يصدق ان أرباب الدور أحيوا المرفوعة فاذا صدق هذا العنوان تكون النتيجة انها لهم بالاشتراك وهذا التقريب على الظاهر لابأس به فلاحظ.

- ١٤ كان فتح باب آخر جايزاً بلا اذن من الاخرين فما الوجه في وجوب سد الباب الاول ؟ والذي يختلج بالبال أن يقال : انه يجوز فتح الباب الاخر مطلقا اذ يجوز له رفع الجدار تماماً ففتح الباب جوازه بالاولوية فتأمل .
 - ٢) الظاهر أن الوجه فيه أنه تصرف في ملك الغير فيتوقف على أذنه .
 - ٣) اذهو تصرف في ملكه فيجوز .
- ٤) قبل في وجهه : انه بمرور الايام تحصل شبهة الاستحقاق اذ وجودالباب

والاستطراق والتردد منها الى داره بنفسه وعائلته ودوابه وكل ما يتعلق بشؤونه من دون اذن باقي الشركاء وانكان فيهم القصر ومن دون رعاية المساواة معهم (١٠).

(مسألة؟): يجوزلكل أحد الانتفاع من الشوارع والطرق العامة كالجلوس أوالنوم أوالصلاة أوالبيع أوالشراء أونحوذلك مالم يكن مزاحماً للمستطرقين وليس لاحد منعه عنذلك وازعاجه كما انه ليس لاحد مزاحمته في قدرما يحتاج اليه لوضع متاعه ووقوف المعاملين ونحو ذلك (٢).

(مسألة ٧): اذا جلس أحد في موضع من الطريق ثـم قام عنه فان كان جلوسه جلوس استراحة و نحوها بطل حقه وان كان لحرفـة و نحوها فان كان قيامه بعداستيفاء غرضه وعدم نية العود بطلحقه أيضاً ولوجلس في محله غيره لم يكن له منعه (٣

امارة على استحقاق الاستطراق فلهذه الشبهة يحرم هكذا في الجواهر (* ١).

١) وذلك للسيرة الجارية عليها هكذا في الجواهر (* ٢) .

٢) فانه لامقتضي للحرمة مع عدم المزاحمة اذ ليس الشارع العام ملكاً لاحد
 كي يتوقف على اذنه مضافاً الى أن السيرة جارية عليه فلاحظ .

٣) اذ مع بطلان حقه یکون لکل احد اشغال مکانه فیحرم علیه أن یزاحم غیره
 وهذا ظاهر .

۱) ج ۲۱ ص : ۲۶۸

٢) عين المصدر.

وانكان قبل استيفاء غرضه وناويا للعود فعندئذ ان بقى منه فيه متاع أورحل أوبساط فالظاهر بقاء حقه (اوان لم يبق منه شيىء فبقاء حقه لايخلو عن اشكال (أوالاحتياط لايترك فيما اذاكان في يوم واحد (أما اذاكان في يوم آخر فالظاهر انه لااشكال في أن الثاني أحق به من الاول (أ

وملخص الكلام ان حق السبق المسابق بلاترجيح لاحد على غيره هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان الحق يزول بالاعراض وباستيفاء الغرض فما أفاده في المتن تام لاسترة عليه اضف الى ذلك ما أفاده في الجواهر في كتاب احياء الموات «بأنه اذا قام الجالس غير المضر بالماربعد استيفاء غرضه وعدم نية العود بطلحقه الذي لم يعلم ثبوته له زائداً على ذلك بل لعل المعلوم عدمه بل يمكن تحصيل الاجماع عليه».

- ١) بتقريب: ان الاحقية تحصل ما دام كون الشيء في يد المستحق وفي تصرفه وقبضته فاخذه كدفعه ظلم وهذا هو الفارق بين بقاء الرحل وعدمه اذمع عدم بفائه لايصدق كون الشيء في قبضته وتصرفه ومجرد نية العود لايكفي في صدق كون الشيء في قبضته وتصرفه ولقد أجاد صاحب الجواهر في كتاب احياء الموات وجاء بتحقيق يليق بأن يستفاد فراجع.
- لعدم الدليل على بقاء الحق واستصحاب البقاء لامجال له لما ذكرنا في
 الاصول من عدم جريان الاستصحاب في الحكم الكلي .
- ٣) لا يبعد أن يكون الوجه في الاحتياط ما وردمن النص لاحظ حديثي محمد
 بن اسماعيل وطلحة بن زيد (*١) وقد مر منا ان السند في كليهما ضعيف .
- ٤) فانه لامقتضي لبقاء حق الاول والظاهر انه لاخلاف بين القوم فيعدم بقاء

١) لاحظ ص: ١٦٤ و١٦٥

(مسألة ٨): يتحقق الشارع العام بأمور: الاول: كثرة الاستطراق والتردد ومرور القوافل في الارض الموات (١ الثاني : جعل الانسان ملكه شارعاً وتسبيله تسبيلادائمياً لسلوك عامة الناس (١ فانه بسلوك بعض

الحق في هذه الصورة راجع ما أفاده في الجواهرفي كتاب احياءالموات في هذا ا المقام.

1) قال في الحدائق في هذا المقام من كتاب الصلح: « أو يصير موضعاً من المموات جادة يسلك الناس فيها ولا يجوز تغييره » والظاهر ان الامركما افيد اذ بعد صدق العنوان و تحقق الجادة والشارع لا يجوز التصرف في معنونه فان الشارع العام راجع الى المصالح العامة وليس لاحد أن يغيره أو يتصرف فيه تصرفاً مزاحماً للجهات العامة .

٢) قال العلامة قدس سره في التذكرة ـ على ما نقل عنه في الحدائق (*١)
 في كتاب الصلح : « يصير الموضع شارعاً بامور : أن يجعل الانسان ملكه شارعاً
 وسبيلا مسبلاو يسلك فيه شخص آخر » الخ .

وربما يقال: انه مصداق للوقف ويمكن أذيقرب المدعى بتقريب آخر: وهو انه لو جعل المالك بطيب نفسه ملكه شارعاً عاماً يتعنون بهذا العنوان وبعد تعنونه به لايجوز التصرف بعد ذلك اذ لايجوز التصرف في الشارع العام الراجع السي العموم.

ولكن يرد عليه: بأنه مع بقاء الملكية لامجال لهذاالتقريب فان اختيار الملك بيد مالكه فما دام باقياً في ملكه يكون اختياره بيده اللهم الا أن يقال: ان عدم جواز الرجوع بعد التسبيل المطلق متسالم عليه بينهم والله العالم.

۱) ج ۲۱ ص : ۱۲۴

الناس يصيرطريقاً (اوليس للمسبل الرجوع بعد ذلك^{(۱} الثالث احياء جماعة أرضاً مواتاً وتركهم طريقاً نافذاً بين الدور والمساكن^{(۳}.

(مسألة ٩): لوكان الشارع العام واقعاً بين الاملاك فلاحريم له كما اذا كانت قطعة أرض موات بين الاملاك عرضها ثلاثة أزرع أوأقل أواكثر واستطرقها الناس حتى اصبحت جادة فلايجب على الملاك توسيعها وان تضيقت على المارة وكذا الحال فيما لوسبل شخص في وسط ملكه أومن طرف ملكه المجاورلملك غيره مقداراً لعبور الناس (١

١) لا يبعد ان هـذا التقييد بلحاظ اشتراط القبض في الوقف و تحقيق شرطية القبض في الاوقاف العامة موكول الى محله وأماعلى القول بعدم كونه داخلافى الوقف يكون دليـل الحكم التسالم بينهم و بعبارة اخرى مورد التسالم ما يتحقق فيه السلوك بعد التسبيل.

لا الشكال في عدم جواز رجوع الواقف في الوقف هذا على تقدير كونه
 وقفاً وأما على القول الاخر فالمدرك التسالم كما تقدم آنفاً والله العالم .

٣)كما اشبر الميه في كلام العلامة على حسب نقل صاحب الحدائق وكيف
 كان الامركما افيد فانه بعد تحقق عنوان الشارع يكون راجعاً الى المصالح الهامة
 ولا يجوز تغييره والتصرف المزاحم فيه كما تقدم .

٤) الوجه فيه انه لامقتضي لوجوب التوسيع على المالك فالامركما أفاده في المتن ان قلت ما ذكرت وان كان مقتضى قاعدة تسلط الناس على أمو الهم لكن مقتضى جملة من الروايات خلافه لاحظ مارواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال: ما بين بئر المعطن الى بئر معطن أربعون

وأما اذاكان واقماً بين الموات بكلاطرفيه أو أحد طرفيه فلايجوز احياء ذلك الموات بمقدار يوجب نقص الشارع عن خمسة أذرع فان ذلك حد الطريق المعين من قبل الشرع (١ بل الافضل أن يكون

ذراعاً وما بين بثر الناضح الى بثر الناضح ستون ذراعاً وما بين العين الى العين يعني القناة خمسمائة ذراع والطريق يتشاح عليه أهل فحده سبع أذرع (* ١) وما رواه عبد الرحمن الاصم (* ٢).

وما رواه أبو العباس البقباق عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا تشاح قوم في طريق فقال: بعضهم: أدبع أذرع فقال أبو عبدالله عليه السلام: لابل خمس أذرع (* ٣) .

قلت: أما الحديث الاول والثاني فضعيفان سنداً وأماالحديث الثالث فالظاهر انه ناظر الى صورة التشاح في أخذ المحيي من الشارع بدعوى ان الشارع أربع أذرع في قبال دعوى انه سبعة أذرع فقال عليه السلام: « بل خمسة أذرع » وأما بالنسبة الى الاملاك الشخصية فلا تعرض للرواية .

وان شئت قلت: ان النشاح يتحقق فيما يكون المقتضي للتصرف موجوداً كاحياء الموات فمريد الاحياء يتصدي للأخذمن الشارع والاخر يمنعه بحجة كون الشارع محدوداً بهذا الحد وأما الملك الشخصي الذي سبق وحدث بعده الشارع فلا نزاع فيه وان أبيت عما ذكرنا فلا اقل من الاجمال وعدم الاطلاق.

١)كما نص عليه في خبر البقباق (* ٤) فان الخمس حد شرعي قد عين من

١) الوسائل الباب ١١ من أبواب احياء الموات الحديث : ٥

٢) نفس المصدر الحديث ٢

٣) الوسائل الباب ١٥ من أبواب الصلح الحديث: ١

٤) مرآنفا

سبعة أذرع (اوعليه فلوكان الاحياء الى حد لايبقى للطريق خمسة أذرع وجب عليه هدمه (انعم لوأحيى شخص من أحد طرفيه ثم أحبى آخر من طرفه الاخر بمقدار بوجب نقصه عن حده لزم على الثاني هدمه دون الاول (".

قبل الشارع في هذه الرواية .

١) عملا بالخبر الاخرين (* ١) وربما يقال: انه لايجوز احياء الطريق ولو كان واسعاً لرواية البقباق عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له: الطريق الواسع هل يؤخذ منه شيء اذا لم يضر بالطريق ؟ قال: لا (* ٢) فان مقتضى هذه الرواية عدم جواز الاخذ من الطربق ولو كان واسعاً ويمكن أن يقال بأن هذه الرواية معارضة بما رواه البقباق أيضاً.

فان مقتضى تلك الرواية ان الشارع مقداره شرعاً خمس أزرع ومقتضى هذه الرواية ان الطريق الواسع لايجوز التصرف فيه في فرض عدم الاضرار بالمارة فيقع التعارض فيما زاد على الخمس ومقتضى الاصل بعد التساقط هو الجواز بل يمكن أن يقال: انه لاتعارض بينهما فانما حدد بالخمس حاكم على الاخر ومبين للموضوع وان أبيت عنهذا التقريب وقلت: انهما متعارضان نقول لابد من الاخذ بمادل على عدم الجواز اذ الاحدث من الخبرين غير معلوم كى يرجح على الاخر فيكون المقام داخلا في اشتباه الحجة بلاحجة فلابد من الاحتياط فلاحظ.

- ٢) اذ المفروض انه تجاوز على الحد الشرعي وعن الحد الشرعي .
 - ٣) اذ المفروض ان المتجاوز هو الثاني .

١) لاحظ ص: ١٧١ و١٧٢

٢) الوسائل الباب ٢٧ من ابو اب عقد البيع وشروطه الحديث : ١

(مسألة ١٠): اذا نقطعت المارة عن الطريق اما لعدم المقتضى أولوجو دالمانع زال حكمه بل ارتفع موضوعه وعنوانه وعليه فيجوز لكل أحد احياءه (١

(مسألة ۱۱): اذا زاد عرض الطريق عن خمسة أذرع فان كان مسبلا فلا يجوز لاحد احياء ما زاد عليها و تملكه (^۳ وأما اذا كان غير مسبل فان كان الزائد مورداً للحاجة لكثرة المارة فلا يجوز ذلك ايضاً (^۳ والافلامانع منه (^۱ .

١ اذ المفروض انه ليس طريفاً وشارعاً بالفعل فيشمله دليل جواز الاحياءالا
 مع عروض عنوان آخر مانع عن الجواز .

٢) إذ لا يجوز التصرف في الوقف على تقدير كونه وقفاً وأما على التقدير الاخر فللتسالم .

٣) لأنه مورد الحق العام مضافاً الى رواية البقباق فانه يستفاد منها انه مسع
 الاضرار بالطريق لايجوز الاخذ فان الامام عليه السلام قد قرر مسا ارتكز في ذهن
 السائل .

٤) كما تقدم آنفاً حيث قلنا ان مقتضى الاصل بعد المعارضة هــو الجواز ان قلت على هذا الاساس يجوز التصرف فيما يكون أزيد من الخمسة اذ مقتضى المعارضة التساقط وبعده تصل النوبة الــى الاصل ومقتضاه الجواز بل يمكن أن يقال: ان مقتضى احدى الروايتين ان الحد هو الخمس ومقتضى الثانية عدم جواز التصرف في الشارع والاخذ منه على الاطلاق بلا فــرق بين الواسع وغيره وبلا فرق بين وجود المزاحمة وعدمها وبلا فرق بين الخمس وغيره فتكون النسبة العموم المطلق ومقتضاه رفع اليد عن العام بالخاص.

(مسألة ١٢): يجوز لكل مسلم أن يتعبد ويصلى فى المسجد وجميع المسلمين فيه شرع سواء (ا ولايجوز لاحد أن يزاحم الاخر فيه اذاكان الاخر سابقاً عليه (الكن الظاهر تقدم الصلاة على غيرها فلو أراد أحدان يصلى فيه جماعة أو فرادى فلايجوز لغيره أن يزاحمه ولوكان سابقاً عليه كما اذاكان جالساً فيه لقراءة القرآن أو الدعاء أو التدريس بل يجب عليه تخلية ذلك المكان للمصلى (المصلى)

قلت: الامركما ذكرت لكن الظاهر انه مع المزاحمة لا يمكن الالتزام بالجواز فان المرتكز في الاذهان عدم جواز المزاحمة فانها تعد عدواناً و تجاوزاً بالنسبة الى الحق العمومي والسيرة جارية على هذا المنو المضافاً الى أن مقتضى المصالح العامة توسعة الطريق بمقدار يكفى للمارة بأنو اعها واصنافها فانه من الامور الحسبية والذي يختلج بالبال أن يقال: ان النسبة بين الحديثين عموم من وجه اذ عنو ان الواسع يجتمع مع عنوان خمس اذرع ويفترق عنه كما ان عنوان خمس اذرع كذلك فلابد من اعمال قانون التعارض وقد تقدم انه لابد من الاحتياط.

١) بلا اشكال ولاكلام فان المسجد محل العبادة لعموم المسلمين .

٢) بلا اشكال ولا خلاف _ كما في الجواهر _ فان السابق احق بلاكلام وقد دلت على الاحقية جملة من النصوص لاحظ احاديث: محمد بن اسماعيل وطلحة وابن أبي عمير (* ١) ومرسل الصدوق قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: سوق المسلمين كمسجدهم فمن سبق الى مكان فهو أحق به الى الليل وكان لا يأخذ على بيوت السوق كراه (* ٢).

٣) قال في الجواهر : « وهل الصلاة مقدمة على غيرهامن العبادات ؟ كقراءة

١) لاحظ ص: ١٦٤ و١٦٥

٢) الوسائل الباب ١٧ من أبواب آداب التجارة الحديث : ١

القرآن وجهان اقواهما ذلك ولكن لم اجده في كلام احد من الاصحاب ولاغيره من صور التعارض » ويمكن أن يستدل على المدعى بالارتكاز الشرعي مضافاً الى أن مرجع الشك الى التوسعة في الاذن الشرعي وعدمها والاصل عدم التوسعة في الاذن.

وبعبارة اخرى: أن المسجد ليس من المباحات الأصلية وله أحكام خاصة فلابد من احراز الجواز .

الكن يرد عليه ان مرجع الشك المى حرمة التصرف عند المزاحمة ومقتضى الاصل الاولى عدم الحرمة فالاولى الاستدلال عليه بالارتكاز وان الغرض الاساسي المترتب على المساجد الصلاة وانما سميت المساجد بهذا الاسم لعله باعتبار السجود الصلاتي فلاحظ.

- ١) لعين الملاك الذي ذكرناه .
- لعدم دليل على الترجيح كما هو ظاهر .
- ٣) لا يبعد أن تكون الاولوية المذكورة على القاعدة حيث ان صلاة الجماعة
 احب الى الله مضافاً الى أنه موافق للاحتياط .

كتاب المشتركات -----

أعرض عنه بطلحقه ولوعاداليه وقدأخذه غيره فليس له منعه وازعاجه وأما اذاكان ناوياً للعود فان بقي رحله فيه بقيحقه بلااشكال وان لم يبق ففي بقاء حقه الكان خروجة لضرورة كتجديد الطهارة أو نحوه (١).

(مسألة ١٤): في كفاية وضع الرحل في ثبوت الاولوية اشكال (٢ والاحتياط لايترك (٣ هذا اذا لم يكن بين وضع الرحل ومجيئه طول زمان بحيث يستلزم تعطيل المكان والافلا أثر له وجاز لغيره رفعه والصلاة في مكانه اذا كان شغل المحل بحيث لايمكن الصلاة فيله الابر فعه (٤ وهل انه يضمنه برفعه أم لا ؟ وجهان الظاهر عدم الضمان اذ لاموجب له بعد جواز رفعه للوصول الى حقه (٥).

(مسألة ١٥) : المشاهد المشرفة كالمساجد في تمام ما ذكر

١)كماهوظاهر وقد مرنظيرهفلاحظ المسألة الى آخرهاوطبقها على ماذكرناه
 سابقاً .

لعدم الدليل على ثبوت الحق بهذا المقدار .

٣) بتقريب: صدق عنوان السبق والسابق اولى ٠

٤)كما هو ظاهر اذ المفروض انه لاحق له فيجوز التصرف في ماله أيضاً
 برفعه .

ه) الامركما أفاده لعدم المقتضي للضمان مع فرض جواز التصرف وقصور
 دليل الضمان عن شموله لهذه الصورة .

(مسألة ١٦) : جوازالسكني فيالمدارس لطالب العلم وعدمه تابعان لكيفية وقفالواقف فاذاخصها الواقف بطائفة خاصة كالعرب أوالعجم أوبصنف خاصكطالبي العلوم الشرعية أوخصوص الفقـــه أوالكلام مثلا فلايجوز لغيرهذه الطائفة أوالصنف السكني فيها وأما بالنسبة الى مستحقى السكنى بها فهى كالمساجد فمن حاز غرفة وسكنها فهوأحق بها ولايجوزلغيره أن يزاحمه مالم يعرضعنها وان طالت المدة الا اذا اشترط الواقف مدة خاصة كخمس سنين مثلا فعندثذ يازمه الخروج بعد انقضاء تلك المدة بلامهلة ٢ أواذا اشترط الواقف اتصاف ساكنها بصفة خاصمة كأن لايكون معيلا أويكون مشغولا بالتدريس أوبالتحصيل فاذا تزوج أوطرأ عليه العجز لزمــه الخروج منها والضابطانحقالسكنى حدوثآ وبقاءتابع لوقف الواقف بتمام شرائطه فلايجوز السكنى لفاقدها حدوثًا أوبقاءً (٣٠.

(مسألة ١٧): لايبطل حق السكنى لساكنها بالخروج لحواثجه البومية من المأكول والمشروب والملبس وماشاكل ذلك كما لايبطل

١)كما هو ظاهر .

٢) ما أفاده ظاهر وما أفاده حق حقيق .

٣) ما أفاده ظاهر واضح .

بالخروج منها للسفر يوماً أويومين أوأكثر (ا واذا اعتبر الواقف البيتوتة في المدرسة في ليالي التحصيل خاصة أوفي جميع الليالي لم يجزلساكنها أن يبيت في مكان آخر ولوبات بطلحقه (وأما الاسفار المتعارفة التي تشغل مدة من الزمن كالشهر أوالشهرين أوثلاثة اشهر أوأكثر كالسفر الى الحج أو الزيارة أو لملاقاة الاقرباء أو نحوذلك مع نية العود وبقاء رحله ومتاعه فلابأس بها مالم تناف شرط الواقف، نعم لابد من صدق عنوان ساكن المدرسة عليه فان كانت المدة طوبلة بحيث توجب عدم صدق العنوان عليه بطل حقه (٣).

(مسألة ۱۸): لايجوز للساكن في غرفة منع غيره عن مشاركته الا اذاكانت الحجرة حسب الوقف أوبمقتضى قابليتها معدة لسكنى طالب واحد (٤٠٠٠).

(مسألة ١٩): الربط وهي المساكن المعدة لسكنى الفقراء أو الغرباء كالمدارس في جميع ما ذكر (٠٠).

(مسألة ٢): مياه الشطوط والانهار الكبار كدجلة والفرات

١) الامركما أفاده .

٧) الامركما أفاده .

٣) الامركما أفاده بلاكلام.

٤) الأمركما أفاده .

الامركما أفاده وتقريب الاستدلال على المدعى في كليهما واحد.

مبائی منهاج الصالحین ج ۹ وماشاكلهما أوالصغار التيجرت بنفسها منالعيونأوالسيول أوذوبان الثلوج وكذا العبون المتفجرة من الجبال أوفى اراضي الموات وغير ذلك من المشتركات والضابطان كلماء جرى بنفسه أواجتمع كذلك في مكان بلايد خارجية عليه فهو من المباحات الاصلية ١٠ من حازه ماناء أوغيره ملكه^{(١}

١) الامركما أفاده فان الاصل الاولى في الاشياء الاباحة مضافاً الى الاجماع بفسميه كما في الجواهر اضف الى ذلك النبوي قال : « الناس شركاء في ثلاث : النار والماء والكلاء (* ١) والكاظمي (* ٢).

 ٢) اجماعاً بقسميه وبلا خلاف بل بالضرورة - كما في الجواهر - وربمايةال بأنه لايصير ملكاً للنبوى الدال على اشتراك الكل.

ويردعليه : انه خلاف الضرورة وعليه تخصص الرواية مضافاًالييضعف السند في كلتا الروايتين اضف الى ذلك كله مــا يدل على الاختصاص عموماً وخصوصاً أما عموماً فما عن النبي صلى الله عليه و آله من قوله : « من سبق الى مالا يسبقه اليه المسلم فهو أحق به (* ٣) .

وأما خصوصاً فما رواه سعيد الاعرج عـن أبي عبدالله عليه السلام قــال : سألته عن الرجل يكون له الشرب مع قوم في قناة فيها شركاء فيستغنى بعضهم عن شربه أيبيع شربه ؟ قال : نعم انشاء باعه بورق وان شاء بكيل حنطة (* ٤) .

وما رواه الكاهلي قال : سأل رجل أبا عبدالله عليه السلام وأنا عنده عن قناة بين

١ و٢) مستدرك الوسائل الباب ٤ من ابواب احياء الموات الحديث: ٢ والوسائل الباب ٥ من أبواب احياء الموات الحديث: ١

٣) مستدزك الوسائل الباب ١ من ابواب احياء الموات الحديث : ٤

٤) الوسائل الباب ٦ من ابواب احياء الموات الحديث: ١

من دون فرق بين المسلم والكافر في ذلك (وأما مياه الاباروالعيون والقنوات التى جـرت بالحفر لابنفسها فهي ملك للحافر (أفلا يجوز لاحد التصرف فيها بدون اذن مالكها (أ).

(مسألة ٢١): اذا شق نهراً من ماء مباح سواء أكان بحفره في أرض مملوكة له أوبحفره في الموات بقصد احياثه نهراً ملك مايدخل فيه من الماء (٤ واذاكان النهر لمتعددين ملك كل منهم بمقدار حصته من

قوم لكل رجل منهم شرب معلوم فاستغنى رجل منهم عن شربه أيبيعه بحنطة أوشعير قال يبيعه بما شاء هذا مما ليس فيه شيء (* ١).

وما رواه على بن جعفر عن أخيه قال : سألته عن قوم كانت بينهم قناة ما ملكل انسان منهم شرب معلوم فباع أحدهم شربه بدراهم او بطعام هل يصلح ذلك ؟ قال نعم لابأس (* ٢).

- ١) لاطلاق الدليل اللفظى وتحقق السيرة .
- ٢) فانه نحو من الحيازة والحيازة توجب الملكية للحائز.
- ٣) لعدم جواز النصرف في مال الغير بلا اذن منه بلا اشكال .

٤) للحيازة ولكن لم افهم وجه التقييد بقصد الاحياء اذيحصل التملك بالحيازة ولو بواسطة مملوك الغير فلو حاز مقداراً من الماء في آنية مغصوبة ملك ذلك الماء وان عصى بالنسبة الى التصرف في مال الغير الا أن يكون الماتن ناظراً الى أن شق النهر بقصد الاحياء يوجب تملك الارض فلو جرى فيه الماء ملك الماء بتبع ملك الارض بتقريب: انه لو وقع شيء من المباح الاصلي في ملك شخص يملكهمثلا

١) نفس المصدر الحديث: ٢

٢) نفس المصدر الحديث: ٣

النهر فانكانت حصة كل منهم من النهر بالسوية اشتركوا في الماء كذلك وانكانت بالتفاوت ملكوا الماء بتلك النسبة (أ ولاتتبع نسبة استحقاق الاراضى التي تسقى منه (أ.

(مسألة ٢٢): الماء الجاري في النهر المشترك حكمه حكم سائر الاموال المشتركة فلا يجوز لكل واحد من الشركاء التصرف فيه بدون اذن الباقين (أو عليه فان أباح كل منهم لسائر شركائه أن يقضي حاجته منه في كل وقت وزمان وبأي مقدارشاء جازله ذلك واذا وقع بينهم تعاسروتشاجر فان تراضوا بالتناوب والمهاباة بالايام أوالساعات فهو (والافلامحيص من تقسيمه بينهم بالاجزاء بأن توضع في فم النهر حديدة مثلاذات ثقوب متعددة متساوية ويجعل لكل منهم من الثقوب بمقدار حصته فان كانت حصة أحدهم سدساً والاخر ثلثاً

لو اجتمع مقدار ماء المطر في حوض دار زيد يكون ملكاً له والله العالم .

١) والوجه فيه ظاهر اذ المفروض ان الملكية يتبع الملك فيلاحظ النسبة كما
 أفاده في المتن وان كان بلحاظ الحيازة فالامركذلك أيضاً .

٢) اذ لاوجه للاتباع فان المناط الحيازة أو الدخول في الملك .

٣) اذ لادليل على اختصاصه بحكم خاص فالأمركما أفاده .

٤) فانه حكم الملك المشترك .

ه) يمكن أن يقال بأن صحتها على طبق القاعدة الاولية لجريان السيرة عليها
 وعدم ردع الشارع عنها مضافاً الـى أنه يظهر من كلمات الاصحاب انها مورد
 الاجماع .

والثالث نصفاً فلصاحب السدس ثقب واحد ولصاحب الثلث ثقبان ولصاحب النصف ثلاثة ثقوب فالمجموع ستة (1 .

(مسألة ٢٣): القسمة بحسب الاجزاء لازمة (٢ والظاهر انها قسمة اجبار فاذا طلبها أحد الشركاء اجبرالممتنع منهم عليها وأما القسمة بالمهاباة والتناوب فهى ليست بالازمة فيجوزلكل منهم الرجوع عنها (٤ نعم الظاهر عدم جواز رجوع من استوفى تمام نوبته دون الاخر (٥)

۱) فانه نحومن القسمة التي بنوا على صحتها في كتاب القسمة للسيرة والاجماع
 و تفصيل الكلام حولها موكول الى محله .

۲) قــد صرح سيدنا الاستاد فــي كتاب القضاء بذلك وقال في الفرع الثاني
 والأربعين : « القسمة عقد لازم » والظاهر ان الامركما أفاده اذ يصدق عليــه العقد
 فيجب الوفاء به بمقتضى وجوب الوفاء بالعقد .

٣) لولاية الحاكم على الممتنع وتفصيل الكلامموكول الى محله .

٤) قال في الجواهر (*١): «انهاغير لازمة للاصل وغيره» الخويمكن أن يكون مراده من غيره الاجماع وأما الاصل فلا اصل له اذ لوكان المرادمن الاصل اصالة عدم اللزوم فهو معارض باصالة عدم الجوازمضافاً الى أن مقتضى الاستصحاب بقاء العقد على حاله فان الاستصحاب على مسلك المشهور يجري في الحكم الكلي اضف الى ذلك ان مقتضى وجوب الوفاء بالعقد هو اللزوم فلا تصل النوبة الى الاصل.

ه) قد صرح في الجواهر (* ٢) بخلافه ولسم يظهر لي وجه التفصيل بين
 الصورتين الا أن يقال: بأن اللزوم على القاعدة وانما نلتزم بالجواز في بعض

۱) ج ۳۸ ص: ۱۲۷

٢) عين المصدر

(مسألة ٢٤): اذا اجتمع جماعة على ماء مباح من عين أو واد أو نهر أو نحو ذلك كان للجميع حق السقي منه (اوليس لاحد منهم شق نهر فوقها ليقبض الماء كله أوينقصه عن مقدار احتياج الباقين (اوعند ثذفان كفي الماء للجميع دون مزاحمة فهو والاقدم الاسبق فالاسبق فالاسبق في الاحياء (ان كان وعلم السابق والاقدم الاعلى فالاعلى والاقرب الى فوهة العين أو أصل النهرو كذا الحال في الانهار المملوكة المنشقة من الشطوط فان كفي الماء للجميع والاقدم الاسبق فالاسبق اى من كان شق نهره اسبق من شق نهر الاخر وهكذا ان كان هناك سابق ولاحق والا فيقبض الاعلى بمقدار ما يحتاج اليه ثم مايليه وهكذا (العلم من الشعوم والافتين العلم وهكذا العرب وهكذا الكان هناك سابق ولاحق والا فيقبض الاعلى بمقدار ما يحتاج اليه ثم مايليه وهكذا (اولا فيقبض الاعلى بمقدار ما يحتاج اليه ثم مايليه وهكذا (العرب المنابق والا فيقبض الاعلى بمقدار ما يحتاج اليه ثم مايليه وهكذا (العرب العرب المنابق والا فيقبض الاعلى بمقدار ما يحتاج اليه ثم مايليه وهكذا (العرب العرب العرب

الصور للاجماع.

١) لعدم ترجيح احدهم على الاخرين .

لعدم جواز المزاحمة والمفروض ان لكل منهم حق السقي .

٣) لاحقية السابق على ما هو المقرر عند الشرع.

٤) يظهر من العبارة انه يشترط في التقديم وجود السابق والعلم به ويرد عليه انه في صورة وجود السابق وعدم العلم به تصل النوبة الى القرعة فانها لكل أمر مشكل ولم يظهر وجه عدم تعرضه للقرعة .

ه) لجملة من النصوص: منها: ما رواه غيات بن ابراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول قضى رسول الله صلى الله عليه وآله في سيل وادي مهزور للزرعالى الشراك وللنخل الى الكعب ثم يرسل الماءالى أسفل من ذلك (*١) وهذه الرواية ضعيفة بابن ايمن.

١) الوسائل الباب ٨ من أبواب احياء الموات الحديث : ١

ومنها: مرسل الصدوق قال: وفي خبر آخر: للزرع الى الشراكين والنخل الى الساقين قال: وهذا على حسب قوة الوادي وضعفه (*۱) والمرسل لااعتبار به ومنها: ما رواه عقبة بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال قضى رسول الله صلى الله عليه وآله في شرب النخل بالليل ان الأعلى يشرب قبل الأسفل يترك من الماء الى الكعبين ثم يسرح الماء الى الأسفل الذي يليه وكذلك حتى ينقضي الحوائط ويفني الماء (* ٢) والرواية ضعيفة بابن هلال.

ومنها: ما رواه غياث بن ابراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وآله في سيل وادي مهزور أن يحبس الأعلى على الاسفل للنخل الى الكعبين والزرع الى الشراكين (* ٣) .

والظاهر صحة هذه الرواية ولكن يبقى في المقام اشكال وهو ان هذه الرواية تعارض قاعدة السبق بالعموم من وجه ويقع التعارض بينهما فيما يكون الاسبق اسفل والمسبوق أعلى .

لكن يمكن أن يكون الوجه في تقدم الاسبق ان السيرة جارية على احقية السابق على الطلاق ولعله مورد اتفاق الاصحاب .

ولكن هذا الاشكال انما يتوجه اذا قلنا بشمول النص مورد تحقق السبق وأما على القول بعدم شمول الروايه لمورد تحقق السبق فلامجال لهذاالتقريب والظاهر ان الحديث ناظرالي صورة التساوي وعدم السابق ولذاترىان الماتن جعلمعيار الترجيح السبق فمع تحقق السبق لاتصل الأمر بما يستفاد من الحديث .

ثم ان المذكور في الرواية النخل والزرع وهي خالية عن ذكير الشجر فهل

١) نفس المصدر الحديث: ٢

٢) نفس المصدر الحديث: ٥

٣) نفس المصدر الحديث: ٣

(مسألة ٢٥): تنقية النهــر المشترك واصلاحه ونحوهما على

الجميع بنسبة ملكهم اذا كانوا مقدمين على ذلك باختيارهم (ا وأما اذا لم يقدم عليها الاالبعض لم يجبر الممتنع (اكما انه ليس للمقدمين مطالبته بحصته من المؤنة الااذا كان اقدامهم بالتماس منه وتعهده ببذل حقه (الافاكان النهر مشتركا بين القاصر وغيره وكان اقدام غير القاصر متوقفاً على مشاركة القاصراما لعدم اقتداره بدونه أولغير ذلك وجب على ولي القاصر مراعاة لمصلحته مشاركته في الاحياء والتعمير وبذل المؤنة من مال القاصر بمقدار حصته (الم

يلحق الشجر بالنخل أو الزرع ؟ مقتضى الاحتياط الحاقه بالزرع الا أن يقال: بأن العرف يفهم الحاقه بالنخل وكيف كان يظهر من الماتن في المقام تقديم الأعلى على الأسفل على الاطلاق مع انه يظهر منه فيما بعد في مسألة (٢٦) اختصاص التقديم بخصوص النخل والزرع مع قيد التحديد بالكعب والشراك المذكورين في الرواية فلاحظ.

١) فان ملاحظة النسبة في الفرض المذكور أمر طبيعي وأصل اولي.

۲) اذ لاوجه للاجبار ان قلت مقتضى حديث لاضررانه يجبر اذ يلزم من امتناع بعضهم توجه الضرر الـى غيره قلت: انما يتم الاستدلال بالحديث على المسلك المشهور هذا اولا وثانياً: لايستفاد من حديث لاضرر حكم اثباتي فلا يستفاد من وجوب الاشتراك أو جواز الاجبار اضف الى ذلك انه خلاف الامتنان بالنسبة الى من اجبر وهو الممتنع.

٣)كما هوظاهراذ لامقتضي للضمان الامع الالتماسكما صرح به في المتن
 ٤)كما هو ظاهرفان ولي القاصر يجبعليه رعابة مصالح الصغيرو القاصروهذا

كتاب المشتركات ______ كتاب المشتركات

(مسألة ٢٦): يحبس النهر للاعلى الى الكعب فى النخل وفى الزرع الى الشراك ثم كذلك لمن هو دونه (ا وللمالك أن يحمى المرعى فى ملكه (ا وليس لصاحب النهر تحويله الاباذن صاحب الرحى المنصوبة عليه باذنه (الوكذا غيرالرحى أيضاً من الاشجار

من الواضحات .

١)كما صرح في حديث غياث (* ١) .

 γ) كما اشار اليه في الجواهر (* γ) والظاهر ان المدرك حديث ادريس بن زيد عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألته وقلت: جعلت فداك ان لناضياعاً ولنا حدودولنا الدواب وفيها مراعى وللرجل منا غنم وابل بحتاج الى تلك المراعى لابله وغنمه أيحل له أن يحمى المراعى لحاجته اليها فقال: اذا كانت الأرض أرضه فله أن يحمى و يصير ذلك الى ما يحتاج اليه وقال: وقلت له: الرجل يبيع المراعى فقال: اذا كانت الارض أرضه فلا بأس (* γ) والحديث ضعيف بادريس حيث انه لم يوثق.

وأما حديث محمد بن عبدالله قال: سألت الرضاعليه السلام عن الرجل تكون له الضيعة وتكون لها حدود تبلغ حدودها عشرين ميلا أو أقل أوأكثر يأتيه الرجل فيقول: أعطنى من مراعى ضيعتك واعطيك كنذا وكذا درهماً فقال: اذا كانت الضيعة له فلاباس (*٤) فهو ضعيف أيضاً به .

٣) الأصل فيه مارواه محمد بن الحسين قال : كتبت الى أبي محمد عليه السلام

١) لاحظ ص: ١٨٥

۲) جواہر الکلام ج ۳۸ ص : ٦٣

٣) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب عقد البيع وشروطه الحديث : ١

٤) الوسائل الباب ٩ من ابواب احياء الموات الحديث : ١

(مسألة ٢٧): المعادن على نوعين: الاول: المعادن الظاهرة وهي الموجودة على سطح الارض فلا يحتاج استخراجها الى مؤنة عمل خارحي وذلك كالملح والقيروالكبريت والمومياء والفيروزج وماشاكل ذلك الثاني: المعادن الباطنة وهي التي يتوقف استخراجها على الحفر والعمل وذلك كالذهب والفضة أما الاولى فهي تملك بالحيازة فمن حاز منها شيئاً ملك قليلا كان أو كثيراً " وبقي الباقي

رجل كانت له رحى على نهر قرية لرجل فأراد صاحب القرية أن يسوق الى قريته الماء في غير هــذا النهر ويعطل هـذه الرحى أله ذلك أم لا ؟ فوقع عليه السلام: يتقى الله ويعمل في ذلك بالمعروف ولا يضر أخاه المؤمن (* ١).

فان مقتضى اطلاق هذا الخبرعدم جواز التحويل بلاتفييد بكون نصب الرحى عن حق بل يكفي في الحرمة مجرد الاذن في النصب كما في المتن فما عن الحلي وصاحب الرياض من التقييد بصورة كونه حقاً واجباً علمى صاحب النهر ينافي الاطلاق فلا وجهاله لكن الظاهرانه لايشمل الحكم صورة عدم الحق لصاحب الرحى وبعبارة اخرى: لا يجوز مزاحمة ذي الحق .

١) يمكن التأمل في التعميم اذ منعصاحب النهر ينافي قاعدة الناس مسلطون على أمو الهم و يمكن أن يكون نظر الماتن الى أن العرف يفهم من الرواية عدم الفرق بين الموارد وعدم خصوصية للرحى لكن قد تقدم الاشكال في الرحى الافيما يكون نصبه عن حق .

٢) كغيرها من المباحات الاصلية التي تملك بها بلا اشكال لكن لقائل أن يقول

١) الوسائل الباب ١٥ من أبواب احياء الموات

على الاشتراك^{(۱} وأما الثانية فهى تملك بالاحيـــاء بعد الوصول اليها وظهورها^{(۱} وأما اذا حفر ولم يبلغ نيلها فهويفيد فائدة التحجير^{(۱۳}.

(مسألة ٢٨) : اذا شرع في احياء معدن ثم أهمله وعطله أجبره الحاكم أو وكيله على اتمام العمل أورفع يده عنــه ولو أبدى عذر آ

ان المعادن ليست من المباحات الاصلية بل هى من الانفال التي تكون مملوكة للامام عليه السلام ويدل على المدعى بعض النصوص لاحظمارواه اسحاق بن عمار قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الانفال فقال: هي القرى التي قد خربت وانجلى أهلها فهي لله وللرسول وما كان للمملوك فهو للامام وما كان من الأرض بخربة لم يوجف عليه بخيل ولا ركاب وكل أرض لارب لها والمعادن منها ومن مات وليس له مولى فماله من الانفال (* 1).

وما رواه داود بن فرقد عـن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: قلت: وما الانفال؟ قال: بطون الاودية ورؤوس الجبال والاجام والمعادن الحديث (*٢) لكن الظاهر انه لااشكال في جواز الحيازة وان كان المحاز ملكاً للامام عليه السلام

 ١) اذ لامقتضي لملكية الباقي فان المفروض ان الباقي لم يقع مورد الحيازة فلم تملك .

۲) بتقريب: انه نحو من الاحياء الموجب للملكية واحياء كل شيء بحسبه مضافاً الى ما في الجواهر (٣٣) من عدم الخلاف فيه بل ادعي عليه الاجماع من جماعة وربما يقال: بأنه مصداق للحيازة التي توجب الملكية فلاحظ.

٣) اذ لم يتحقق الاحياءكما لم تتحقق الحيازة فلا وجه لحصول الملكية نعم

١) الوسائل الباب ١ من احكام الانفال الحديث: ٢٠

٢) نفس المصدر الحديث: ٣٢

٣) جواهر الكلام ج ٣٨ ص: ١١٠

(مسألة ٢٩): المعادن الباطنة انما تملك باحياء الارض اذا عدت عرفاً من توابع الارض وملحقاتها (٢ وأما اذا لم تعدمنها كمعادن النفط المحتاجة الىحقرزايد للوصول البهاأوما شاكلها فلاتتبع الارض ولاتملك باحياتها (٣).

(مسألة ٣٠): لوقال المالك اعمل ولك نصف الخارج من المعدن فان كان بعنوان الاجارة بطل (أو في صحته بعنوان الجعالة اشكال (6).

له حق السبق كحق التحجير .

¹⁾ يقع الكلام تارة في مقام الثبوت وان الحق يبقى مع الاهمال أم لا ؟واخرى في مقام الاثبات وهوانه مع وجود اظهار العذريمهل اما المقام الاول فلقائل أن يقول انه لو لم يكن حقه باقياً مع الاهمال فلا وجه لدخالة الحاكم بل يجوز لكل احد رفع يده والاشتغال بالعمل وان كان حقه باقياً فلا وجه للاجبار والاكراه فلاحظ وأما المقام الثاني فنقول: مع احتمال كونه معذوراً أي وجه في جواز تعرضه وبعبارة اخرى : يحمل فعله على الصحة الاأن يثبت الاهمال .

٢)كما هو مقتضى تملك الارض بالاحياء .

٣) اذ لامقتضي له على الفرض.

٤) للجهالة وهي توجب بطلان الاجارة كما قرر في محله ٠

ه) مبنى على اشتراط العلم بمقدار الجعل والظاهر انه لادليل عليه سيما مع انتفاء الغرر الذي هوعبارة عن الخطرومن الظاهران الجهالة لاتستلزم الخطرفلاحظ.

كتاب الدين

(مسألة ١): يكره الدين مــع القدرة (١ ولواستدان وجبت نية القضاء ٢٠

1) قد جعل صاحب الوسائل قدم سره اول أبواب كتاب الدين خاصاً بالنصوص الدالة عليها وسماه بباب كراهته مع الغنى عنه ومن تلك النصوص ما رواه السكوني عن جعفر بن محمد عن آبائه عليهم السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله اياكم والدين فانه شين الدين (* 1).

٢) وهو المشهور كما في بعض الكلمات وتؤيد المدعى جملة من النصوص منها مــا رواه عبدالغفار الجازي عن أبي عبدالله عليه السلام قال سألته عــن رجل مات وعليه دين قال: ان كان أتى على يديه من غير فساد لـم يؤاخذه الله اذا علم من نيته الا من كان لايريد أن يؤدي عن امانته فهو بمنزلة السارق (* ٢).

ومنها: ما رواه ابن فضال عن بعض اصحابه عن أبي عبدالله عليه السلام قال من استدان ديناً فلم ينو قضاءه كان بمنزلة السارق (* ٣) ومنها ما رواه أبو خديجة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ايما رجل أتى رجلا فاستقرض منه مالا وفي نيته أن لا يؤديه فذلك اللص العادي (* ٤).

ويمكن أن يقال: ان نية الأداء وجوبها على طبق القاعدة الأولية ولا يحتاج الى دليل خاص اذ الدين ملك الغير في الذمة ولا اشكال في وجوب ادائه عند

١) الوسائل الباب ١ من أبواب الدين الحديث : ٢

٢) الوسائل الياب ٥ من أبواب الدين الحديث: ١

٣) نفس المصدر الحديث: ٢

٤) الوسائل الباب ٥ من أبواب الدين الحديث : ٥

المطالبة فعدم نية القضاء معناه عدم نية الاتيان بالواجب الالهي وهذا نحو من التجري على المولى الا أن يقال هذا المقدار لايقتضي الوجوب الشرعي والكلام في المقام في الوجوب الشرعي .

١) لاحظ ما رواه محمد بن حباب القماط عن شيخ كان عندنا قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: لأن أقرض قرضاً احب الي من أن أتصدق بمثلهوكان يقول: من أقرض قرضاً وضرب له اجلا فلم يؤت به عند ذلك الأجل كان له من الثواب في كل يوم يتأخر عن ذلك الاجل بمثل صدقة دينار واحد في كل يوم (* ١).

(7) قال في الحداثق: « لاخلاف بين الأصحاب رضوان الله عليهم في تحريم اشتراط النفع في القرض بل نقل بعض محققي متأخر المتأخرين اجماع المسلمين على ذلك » (*7).

ولا يبعد أن يكون حرمة القرض الربوي من الواضحات التي لامجال للشك فيها ويدل على المدعى من النصوص ما رواه ابن غياث عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الربا رباءان: احدهما: رباحلال والاخرحرام فأما الحلال فهو أن يقرض الرجل قرضاً طمعاً أن يزيده و يعوضه بأكثر مما اخذه بلاشرط بينهما فان اعطاه اكثر مما اخذه بلاشرط بينهما فهو مباح له وليس له عندالله ثواب فيما اقرضه وهو قوله عزوجل: « فلا يربو عندالله » وأما الربا الحرام فهو الرجل يقرض قرضاً ويشترط أن يرداكثر

١) الوسائل الباب ٦ من ابواب الدين الحديث : ١

٢) الحدائق ج ٢٠ ص ١١٠

بل يبطل الشرط فقط (ويحرم اخذ الزيادة (ولافرق بين أن تكون الزيادة راجعة الى المقرض وغيره فلوقال اقرضتك ديناراً بشرط أن تهب زيداً أو تصرف في المسجد أو الماتم درهماً لـم يصح (وكذا

المقتضى بعض نصوص الباب فساد القرض بالشرط لاحظ مارواه ابن شعيب عن أبي عبد الله عليه السلام قسال: سألته عن الرجل يسلم في بيع أو تمر عشرين ديناراً ويقرض صاحب السلم عشرة دنانير أو عشرين ديناراً قال: لا يصلح اذا كان قرضاً يجر شيئاً فلا يصلح قال: وسألته عن رجل يأتي حريفه وخليطه فيستقرض منه الدنانير فيقرضه ولسو لا أن يخالطه و يحارفه و يصيب عليه لم يقرضه فقال: ان كان معروفاً بينهما فلا بأس و ان كان انما يقرضه من أجل أنه يصيب عليه فلا يصلح (*) معروفاً من جعفر عن احيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: وسألته عن رجل اعطى رجلا مأة درهم على أن يعطيه خمسة دراهم أو أقل او أكثر قال: هذا الربا المحض (*).

۲) بلا اشكال ولاكلام فانه مع فساد الشرط يكون عدم الحلية والجواز على طبق القاعدة الأولية مضافاً الى دلالة النصوص على المدعى لاحظ ما رواه خالد بن الحجاج قال: سألته عن رجل كانت لي عليه مائة درهم عدداً قضانيها مائة درهم وزناً قال: لابأس به مالم يشترط قال وقال: جاء الربا من قبل الشرط وانما تفسده الشروط (* ٤).

٣) لاطلاق بعض النصوص المقتضي لفساد مطلق الشرط لاحظ ما رواه ابـن

مما اخذه فهذا هو الحرام (* ١).

١) الوسائل الباب ١٨ من ابواب الربا الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ١٩ من أبواب الدين الحديث : ٩

٣) نفس المصدر الحديث: ١٨

٤) التهديب ج ٧ ص ١١٢ الحديث: ٨٩

اذا أشترط أن يعمر المسجد أويقيم الماتهم أو نحو ذلك مما لوحظ فيه المال فانه يحرم (ويجوز قبولها مطلقاً من غيرشرط (كما يجوز اشتراط ما هو واجب على المقترض مثل أقرضتك بشرط أن تؤدي زكاتك أو دينك مماكان مالا لازم الاداء وكذا اشتراط مالم يلحظ فيه المال مثل أن تدعولي أو تدعوازيد أو تصلي أنت أو تصوم مسن غير فرق بين أن ترجع فائدته للمقرض أو المقترض وغيرهما فالمدار في المنع ما لوحظ فيه المال ولم يكن ثابتاً بغير القرض فيجوز شرط غير ذلك (" ولو شرط موضع التسليم لزم ()

شعيب (* ١) .

١) للاطلاق .

٢) لعدم المقتضي للحرمة مضافاً الى جملة من النصوص الدالة على الجواز
 منها ما رواه ابن غياث (* ٢) ومنها غيره من النصوص المذكور في الوسائل
 في الباب ١٩ من الدين فلاحظ .

٣) مقتضى اطلاق قوله عليه السلام في حديث ابن شعيب (* ٣) « اذا كان قرضاً يجر شيئاً فلا يصلح » عدم جواز مطلق الشرط ولعل كلام الماتمن مبتن على وجه غير ظاهرعندي وبعبارة اخرى مقتضى الاطلاق هي الحرمة والله العالم .

٤) لجملة من النصوص منها ما رواه يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه
 السلام قال قلت : يسلف الرجل الورق على أن ينقدها اياه بارض اخرى و يشترط عليه

١) لاحظ ص: ١٩٣

٢) لاحظ ص: ١٩٢

٣) لاحظ ص: ١٩٣

كتاب الدين _____ مكتاب الدين ____

وكذا اذا اشترط الرهن^{١١}

دلك قال: لابأس (* ١).

ومنها ما رواه السكوني عـن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال أميرالمؤمنين عليه السلام: لابأس بأن يأخذ الرجل الدراهم بمكة ويكتب لهم سفاتج أن يعطوها بالكوفة (* ٢).

ومنها ما رواه ابان يعني ابن عثمان أنــه قال يعني أباعبدالله عليه السلام في الرجل يسلف الرجل الدراهم ينقدها اياه بارض اخرى قال : لابأس به (* ٣) .

ومنها ما رواه اسماعيل بن جابرعن أبي عبدالله عليه السلام قال قلت: يدفع السي الرجل الدراهم فاشترط عليه أن يدفعها بارض اخرى سوداً بوزنها وأشترط ذلك عليه قال: لابأس (* ٤) .

ومنها ما رواه يعقوب بن شعيب عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يسلف الرجل الورق على أن ينقدها اياه بأرض اخرى ويشترط ذلك قال: لابأس (*٥). فان مقتضى النصوص المشار اليها جواز الشرط المذكور و نفوذه.

۱) مقتضى اطلاق بعض النصوص عدم الجواز الا أن يتم المدعى بالسيرة بدعوى جريانها على اشتراط الرهن بلانكير بل يدل على المدعىقوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدواكاتباً فرهان مقبوضة (* ٦) فان المستفاد من الابة الشريفة انه يجوز الدين باشتراط الرهن .

ويؤيد المدعى ما رواه عباس بن عيسى قال : ضاق علي بن الحسين عليهما السلام ضيقة فأتى مولى له فقال : اقرضني عشرة آلاف درهم الى ميسرة فقال : لا

١) الوسائل الباب ١٤ من أبواب الصرف الحديث: ١

٢) نفس المصدر الحديث: ٣

٣ و ١ و٥) نفس المصدر الحديث ٤ وه و٦

٦) البقرة/٢٨٣

ولو شرط تاجيله في عقد لازم صح ولزم الاجل"

لأنه ليس عندي ولكني أريد وثيقة قال: فنقف (فشق) له من ردائه هدبة فقال: هذه الوثيقة قال: فكان مولاه كره ذلك فغضب الى أنقال: فأخذها الرجل منه واعطاه الدرهم وجعل الهدبة في حق فسهل الله عزوجل له المال فحمله الى الرجل ثم قال له: قد احضرت مالك فهات وثيقتي فقال له: جعلت فداك ضيعتها فقال اذا لا تأخذ مالك مني ليس مثلي من يستخف بذمته قال: فاخرج الرجل الحق فاذا فيه الهدبة فاعطاها على بن الحسين عليهما السلام فاعطاه على بن الحسين عليهما السلام الدراهم واخذ الهدبة فرمى بها وانصرف (* ١) .

١) يمكن أن يستفاد المدعى من جملة من النصوص منها ما رواه مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سئل عن رجل له مال على رجل من قبل عينة عينها اياه فلما حل عليه المال لم يكن عنده ما يعطيه فأراد أن يقلب عليه ويربح أيبيعه لؤلؤا أوغير ذلك ما يسوي مأة درهم بألف درهم ويؤخره به ؟ قال : لابأس بذلك قد فعل ذلك أبيرضي الله عنه وأمرني أن افعل ذلك في شي مكان عليه (*٢)

ومنها ما رواه محمد بن اسحاق قال قلت لأبي الحسن عليه السلام: يكون لي على الرجل دراهم فيقول أخرني بها وأنا اربحك فابيعه جبة تقوم علي بألف درهم بعشرة آلاف درهم أو قال بعشرين ألفاً وأؤخره بالمال قال : لابأس (* ٣).

ومنها مـا رواه عبدالملك بن عتبه قال : سألته عن الرجل يريد أن أعينه المال أو يكون لي عليه مال قبل ذلـك فيطلب مني مالا أزيده على مالــي الذي لي عليه أيستقيم أن ازيده مالا وأبيعه لؤلؤة تسوي مأة درهم بألف درهم فأقول أبيعكهذه

١) الوسائل الباب ٤ من ابواب الدين الحديث : ٤

٢) الوسائل الباب ٩ من أبواب احكام العقود الحديث ٣

٣) نفس المصدر الحديث: ٤

بل الظاهر جواز اشتراط الاجل في عقد القرض نفسه¹¹ .

(مسألة ۲) .كل ما ينضبط وصفه وقدره صح قرضه^{(۲}

اللؤلؤة بألف درهم على أن أؤخرك بثمنها وبمالي عليك كذا وكذا شهراً ؟ قال : لابأس (* ١) .

ومنها ما رواه محمد بن اسحاق بـن عمار قال : قلت للرضا عليه السلام : الرجل يكون له المال فيدخل علىصاحبه يبيعه لؤلؤة تسوي مأة درهم بألف درهم ويؤخر عنه المال الى وقت قال : لابأس به قد أمرني أبي ففعلت ذلك وزعم انــه سأل أبا الحسن عليه السلام عنها فقال مثل ذلك (٢٠) .

فان المستفاد من هذه الروايات ان شرط التأجيل جايز في ضمن عقد البيع ١) ويدل على المدعى قوله تعالى : « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه وليكتب بينكم كاتب بالعدل (٣ ٣) .

٧) بلا اشكال ولاكلام وتقتضيه النصوص الدالة على مشروعية الدين والقرض وانما الكلام والاشكال فيما اذا لم يكن كذلك فان تم اجماع على عدم الجواز فهو والا يكون مقتضى القاعدة هو الجواز لاطلاق الأدلة لاحظ مــا رواه ابن علوان عن جعفر عن ابيه قال : قال رسول الله صلى الله عليه و آله : من طلب رزقاً حلالا فاغفل فليستدن على الله وعلى رسوله صلى الله عليه و آله (* ٤).

ويؤيد المدعى ما ورد في جواز قرض الخبز والجوز مع التفاوت منها مــا رواه الصباح بن سيابة قال قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ان عبدالله بن أبي يعفور أمرني أن اسالك قال: انا نستقرض الخبز من الجيران فنرد اصغرمنه اواكبر فقال

١) نفس المصدر الحديث: ٥

٧) نفس المصدر الحديث: ٦

٣) البقرة / ٢٨٢

٤) الوسائل الباب ٢ من أبواب الدين الحديث: ١٠

(مسألة ٣): اذا اقرض انسان عيناً فقبل المقترض فرجع في القرض وطالب بالعين لايجب اعادة العين بدون اختيار المقترض (٣)

عليه السلام: نحن نستقرض الجوز الستين و السبعين عدداً فيكون فيه الكبيرة و الصغيرة فلا بأس (* ١).

ومنها ما رواه اسحاق بن عمار قال قلت لأبي عبدالله عليه السلام: استقرض الرغيف من الجيران ونأخذ كبيراً ونعطي صغيراً ونأخذ صغيراً ونعطي كبيراً قال: لابأس (*۲) ومنهاما عن غياث عن جعفر عن ابيه قال: لابأس باستقر اض الخبز (*۳).

١) فانه مقتضى القاعدة الأولية فان القرض جعل المقترض ضامناً ومن الظاهر
 انه لايكون ضامناً لنفس العين فيكون ضامناً لمثله .

٢) قال في الجواهر: « والمشهور نقلا وتحصيلا انه يثبت في الذمة قيمته وقت التسليم » (*٤) والذي يختلج بالبال أن يقال: يثبت المثل في القيمي أيضاً فان القرض قسم من الضمانات وقد اخترنا في باب ضمان القيمي ان الثابت في الذمة هو المثل كضمان المثلي وعليه يكون المناطبوقت الدفع نعم في باب الغصب التزمنا بكون الميزان بيوم الغصب بو اسطة حديث أبي ولادحيث قال عليه السلام « قيمة بغل يوم خالفته » (* ٥).

٣) تارة يقع البحث فيما هو مقتضى القاعدة واخرى فيما تفتضيه الشهرة أو

١) الوسائل الباب ٢١ من أبواب الدين الحديث : ١

٧) نفس المصدر الحديث: ٧

٣) نفس المصدر الحديث: ٣

٤) الجواهر ج ٢٥ ص : ١٩

٥) الوسائل الباب ١٧ من الاجارة الحديث: ١

(مسألة ؛): لا يتاجل الدين الحال (١ الاباشتراطه في ضمن عقد لازم (٢ ويصح تعجيل المؤجل باسقاط بعضه (٣ ولا يصح تاجيل الحال باضافة شيء (٤ .

(مسألة ۵) : لوغابالدائن وانقطع خبره وجب علىالمستدين نية القضاء^{(ه}

الاجماع فنقول مقتضى القاعدة الأولية رجوع نفس العين الى ملك المقرض اذ على القول بجوازعقد القرضذاتاً اوعرضاً ينفسخ بالفسخ ويرجع كلمن العوضين الى ملك من كان في ملكه وأما البحث من الحيثية الثانية فربمايقال كما في الجواهر بأن مقتضى الاستصحاب بقاء العين في ملك المقترض وعدم خروجه عن ملكه بالفسخ.

وفيه: اولا ان الاستصحاب لايجري في الأحكام الكلية وثانياً انه لاتصل النوبة الى الاستصحاب بعد كون الرجوع مقتضى الفسخ وأفاد صاحب الجواهر بأن بقائه في ملكه اشهر بل مشهور بل مورد اجماع المتأخرين فان تم اجماع تعبدي كاشف فهو والا يشكل الحكم بالبقاء بعد الفسخ فلاحظ.

- ١) اذ التأجيل لايمكن الا مع المقتضي وبدونه لاوجه له .
 - ٢) فانه قد علم من النصوص جوازه وقد تقدم.
 - ٣) اذ الحق قابل للاسقاط كما هو ظاهر .
 - ٤) لكونه مصداقاً للربا المحرم فلا يجوز .
- ه) اجماعاً محكياً ان لم يكن محصلا هكذافي الجواهر_ ويدلعلى المدعى ما رواه زرارة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لايقدر على صاحبه ولا على ولي له ولا يدري بأي أرض هو قال: لاجناح عليه

والوصية عند الوفاة (افان جهل خبره ومضت مدة يقطع بموته فيها وجب تسليمه ورثته ومع عدم معرفتهم يتصدق بمه عنهم (او يجوز تسليمه الى الورثة مع انقطاع خبره بعد مضي عشرسنين وان لم يقطع بموته الى المجوز ذلك بعد مضى اربع سنين من غيبته اذا فحص عنه

بعد أن يعلم الله منه أن نيته الأداء (* ١) .

1) فانها من طرق الايصال فتجب وتدل على المدعى رواية هشام بن سالم قال: سأل خطاب الأعور أبا ابراهيم عليه السلام وأنا جالس فقال: انه كان عند أبي أجير يعمل عنده بالاجرة ففقدناه وبقي من أجره شيء ولا يعرف له وارث قال: فاطلبوه، قال قدطلبناه فلم نجده قال فقال: مساكين وحرك يده قال: فاعاد عليه قال: اطلب واجهد فان قدرت عليه والافهو كسبيل مالك حتى يجيء له طالب فان حدث بك حادث فأوص به ان جاء لها طالب أن يدفع اليه (* ٢).

وربما يقال بوجوب العزل عند الموت وادعي عليه الاجماع فان ثبت اجماع تعبدي فهو والا فللاشكال فيه مجال لعدم الدلبل عليه فلاحظ.

۲) اذ المفروض ان المالك ورثته فيجب اعطائهم.

٣) كما هو المقرر عندهم من التصدق بالمال الذي يكون مجهول المالكولنا
 في هذا المقام كلام تعرضنا له في مسئلة (٣٩) من المكاسب المحرمة .

٤) لم يظهر وجهه وما ارسله يونس عن أبي عبدالله عليه السلام قال: من اخذت منه ارض ثم مكث ثلاث سنين لا يطلبها لم يحل له بعد ثلاث سنين أن يطلبها (٣٣) قاصر عن اثبات المدعى سنداً ودلالة.

١) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب الدين الحديث: ١

٢) الوسائل الباب ٦ من ابواب ميراث الخنثي الحديث : ١

٣) الوسائل الباب ١٧ من أبواب احياء الموات الحديث : ٢

(مسألة ٦): لواقتسم الشريكان الدين لم يصح بل الحاصل لهما والتالف منهما (٢

١) يمكن أن الوجه في نظر الماتن فيما أفاده الى ما ورد في باب المرئة المفقود زوجها حيث تؤجل اربع سنين على تفصيل مذكور في باب الطلاق بتقريب انه اذا كان الطلاق جايزاً بعد المدة مع الفحص يجوز اعطاء ما تركه للورثة بطريق أولى وهوكما ترى والله العالم بحقايق الاشياء .

۲) لجملة من النصوص منها ما رواه أبو حمزة قال سئل أبوجعفر عليه السلام عن رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب عنهما فاقتسما الذي بأيديهما وأحال كل واحد منهما من نصيبه الغائب فاقتضى احدهما ولم يقتض الاخر قال: ما اقتضى احدهما فهو بينهما ما يذهب بماله (* ۱).

ومنها ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجلين بينهما مال منه دين ومنه عين فاقتسما العين والدين فتوى الذي كان لاحدهما من الدين أو بعضه وخرج الذي للاخر أيرد على صاحبه قال نعم ما يذهب بماله (* ٢).

ومنها ما رواه غياث بن ابراهيم عن جعفر بن محمد عن ابيه عن آبائه عن علي علي علي علي علي علي علي علي علي الله عن علي علي السلام في رجلين بينهما مال منه بأيديهما ومنه غائب عنهما فاقتسما الذي بايديهما واحتال كل واحد منهما بنصيبه فقبض احدهما ولم يقبض الاخر فقال: ما قبض احدهما فهو بينهما وما ذهب فهو بينهما (* ٣).

ومنها ما رواه سليمان بن خالد قال سألت أبـا عبدالله عليه السلام عن رجلين

١) الوسائل الباب ٦ من أبواب الشركة الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث: ٢

٣) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الضمان الحديث : ١

(مسألة ٧): يصح ببع الدين بالحاضر وانكان اقل منه اذاكان من غير جنسه أولم يكن ربوياً (اولايصح بدين مثله اذاكان ديناً قبل العقد (٦)

كان لهما مال بايديهما ومنه متفرق عنهما فاقتسما بالسوية ماكان في ايديهما وماكان غائباً عنهما فهلك نصيب أحدهما مما كان غائباً واستوفى الاخر عليه أن يرد على صاحبه ؟ قال: نعم ما يذهب بماله (* ١).

وفي المقام حديث لعلي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليهما السلام قال سألته عن رجلين اشتركا في السلم أيصلح لهما أن يقتسما قبل أن يقبضا ؟ قال لابأس به (* ٢)، يستفاد منه الجواز فيقع التعارض بين الجانبين ولا يبعد أن يكون الترجيح بمخالفة القوم مع دليل الجوازحيث لايستفاد من كلما تهم الجواز مضافاً الى كونه احدث هذا ما خلج ببالي القاصر في هذه العجالة والله العالم.

١) لعدم ما يقتضي الفساد ومقتضى ادلة صحة البيع جوازه .

٢) قال في الحدائق: «الظاهرانه لاخلاف بينهم في تحريم بيع الدين بالدين ويدل على ذلك من طريق الخاصة رواية طلحة بن زيد عن أبي عبدالله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لايبا عالدين بالدين (٣٣) ومن طريق العامة ما روي عن النبي صلى الله عليه وآله لايجوز بيع الكالي بالكالي » الخ (٤٤) ولكن الحديثين مخدوشان سنداً الا أن يتم الامر بعدم الخلاف والتسالم والله العالم.

١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب الدين الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث: ٢

٣) الحداثق: ج ـ ٢٠ ص: ٢٠١

٤) الكافي ج ٥ ص: ١٠٠

ولافرق في المنع بين كونهما حالين ومؤجلين ومختلفين (أ ولوصار ديناً بالعقد بطل في المؤجلين على الاحوط (أ وصح في غيرهما (أ ولوكان احدهما ديناً قبل العقد والاخر ديناً بعدالعقد صح الافي بيع المسلم فيه قبل حلوله فانه لايجوز بيعه من غير باثعه مطلقاً ويجوز بيعه من غير باثعه بعد حلوله ومن باثعة مطلقاً على تفصيل تقدم (أ .

(مسألة ٨): يجوز للمسلم قبض دينه من الذمي من ثمن ما باعه من المحرمات (م

۲) لا يبعد أن يكون ناظراً الى ما رواه منصور بن حازم قال: سألت اباعبدالله على الرجل على الرجل طعام او بقر او غنم او غير ذلك فاتى المطلوب الطالب ليبتاع منه شيئاً قال: لا يبيعه نسياً فاما نقداً فليبعه بماشاء (*١)

فان بيع شيء مؤجلا لامانع منه لامنطرف المبيع ولا منقبل الثمن فلايبعد ان يكون المراد من الحديث النهى من التاجيل من ناحية المبيع والثمن كليهما لكن لايبعد أن يكون المستفاد من الحديث التاجيل من ناحية الثمن ولم يظهر لي وجه بناء المسئلة على الاحتياط.

٣)كما هو مقتضى ادلة صحة البيع لكن يمكن أن يقال ان مقتضى حديث
 منصور عدم جواز بيع الدين بالدين معكون التاجيل في الثمن فقط فلاحظ.

- ٤) راجع ما ذكرناه هناك شرحاً لما افاده .
- ٥) لجملة من الروايات منها ما رواه داود بن سرحان قال : سألت ابا عبدالله

١) للاطلاق .

١) الوسائل الباب ٦ من ابواب احكام العقود الحديث : ٨

عليه السلام عـن رجل كانت له على رجل دراهم فباع خنازير او خمراً وهو ينظر فقضاه قال : لاباس اما للمقضي فحلال واما للبايع فحرام (* ١) .

ومنها ما رواه منصور قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: لي على رجل ذمي دراهم فيبيع الخمر والخنزير وانا حاضر فيحل لــي اخذها فقال: انما لك عليه دراهم فقضاك دراهمك (* ٢).

ومنها ما رواه محمد بن مسلم عن ابي جعفرعليه السلام في رجل كان لهعلى رجل دراهم فباع خمراً وخنازير وهو ينظر فقضاه فقال: لاباس بــه اما للمقضي فحلال واما للبايع فحرام (* ٣).

ومنها ما رواه زرارة عـن ابي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون لي عليه الدراهم فيبيع بها خمراً وخنزبراً ثم يقضي منها قال: لاباس اوقال: خذها (*٤).

ومنها ما رواه محمد بن يحيى الخثعمي قال: سألت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لنا عليه الدين فيبيع الخمر والخنازير فيقضينا فقال: لاباس به ليس عليك من ذلك شيء (* ٥).

ومنها ما رواه أبوبصير قال: سالت ابا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل مال فيبيع بين يديه خمراً وخنازير ياخذ ثمنه قال: لابأس (* ٦) .

١) لعدم ما يقتضي السقوط وبعبارة اخرى المفروض صيرورة الثمن ملكاً له

١) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب الدين

٢) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب ما يكتسب به الحديث : ١

٣) نفس المصدر الحديث: ٢

٤ و٥) نفس المصدر الحديث : ٣ و ٤

٦) نفس المصدر الحديث : ٥

وليس للعبد الاستدانة بـدون اذن المولى ١٠ فان فعل يضمن العيــن فيرد ما اخذ ولو تلفت ففي ذمته مثله أوقيمته ٢٠ ولو اذن المولى له لزمه دون المملوك ٣٠ غرماء المولى (٥

بالبيع ومقتضى القاعدة الأولية بقائه في ملكه ويؤيد المدعى ما رواه يونس في مجوسى باع خمراً او خنازير الى اجل مسمى ثم اسلم قبل أن يحل المال قال: له دراهمه (*1).

- ١) لأنه محجور عليه وانه لايقدر على شيء .
- ۲) اذ المفروض ان یده ید ضمان فیضمن ولازم الضمان رد العین مع بقائها
 وثبوت المثل او القیمة مع تلفها على ما هو المقرر .
- ٣) لاحظ ما رواه أبو بصير عن ابي جعفر عليه السلام قال: قلت له: رجل يأذن لمملوكه في التجارة فيصير عليه دين قال: ان كان اذن له أن يستدين فالدين على مولاه وان لـم يكن اذن له يستدين فلا شـيء على المولى ويستسعى العبد في الدين (* ٢).
 - ٤) للاطلاق.
- ه) لا يبعد أن يكون الوجه فيه ان دينه لازم للمولى ويدل على المدعى ما رواه زرارة قال: سألت ابا عبدالله (أباجعفر) عليه السلام عن رجل مات وترك عليه ديناً وترك عبداً له مال في التجارة وولداً وفي يد العبد مال ومتاع وعليه دين استدانه العبد في حياة سيده في تجارة « تجارته » وان الورثة وغرما الميت اختصموافيما في يد العبد من المال والمتاع وفي رقبة العبد فقال: ارى ان ليس للورثه سبيل على رقبة العبد ولا على ما في يده من المتاع والمال الا أن يضمنوا دين الغرماء

١) الكافي ج ٥ ص ٢٣٢ حديث : ١٣

٧) الكافي ج ٥ ص ٣٠٣ حديث: ٣

۲۰۲ — باني منهاج الصالحين ج ۹
 و لواذن له في التجارة فاستدان لها الزم المولى مع اطلاق الاذن (۱ والاتبع به بعد العتق (۲).

كتاب الرهن

ولابد فيه من الايجاب والقبول من أهله "وفي اشتراط الاقباض الشكال اقواه ذلك عنه المترطفيه أن يكون المرهون عيناً مملوكة بمكن

جميعاً فيكون العبد وما في يده من المال للورثه فان أبو اكان العبد ومافي يده للغرماء يقوم العبد وما في يديه من المال ثمم يقسم ذلك بينهم بالحصص فان عجز قيمة العبد وما في يديه عن اموال الغرماء رجعوا على الورثة فيما بقي لهم ان كان الميت ترك شيئاً قال قال: وان فضل من قيمة العبد وما كان في يديه عن دين الغرماء رده على الورثة (* ١) .

- ۱) لحديث ابــي بصير المقتضي لكون الاذن فــي الاستدانه موجباً لضمان
 المولى واطلاق الاذن يقتضى الاذن في الاستدانه فلاحظ .
- ۲) لعدمما يقتضي الرجوع الى المولى وحديث ابي بصير يقتضي أن يستسمى
 والجمع ببن الحقين أن يتبع به بعد العتق والله العالم .
- ٣) قـال في الجواهر : « لاريب في أنه يفتقر الى الايجاب والقبول » السخ والامركما أفاده فان العقد يتوقف على الايجاب والقبول والمفروض ان الرهنمن العقود .
- ٤) يمكن الاستدلال على المدعى بالكتاب والسنة أمـــا الكتاب فقوله تعالى

١) الوسائل الباب ٣١٠ من ابواب الدين الحديث: ٥

قبضها (۱ ويصح بيمها (۲ وأن يكون الرهن على حق ثابت في الذمة عيناً كان أومنفعة (۳ ويقف رهن غبر المملوك له على اجازة مالكه (عواوضم مملوك غيره الىمملوك فرهنهما لزم الرهن في ملكه وتوقف

«فرهان مقبوضة» (*1) بتقريب ان المستفاد من الآية الشريفة انه لايترتب الأثرعلى الرهن الابالقبض وبعبارة اخرى المستفاد من الآية الشريفة ان الأثر المقصود لايترتب الاعلى المقبوض منه واما السنة فروايه محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال: لارهن الا مقبوضاً (* ٢).

- 1) على المشهور نقلا وتحصيلا بل ربمااستشعر من عبارتي السرائر والغنية الاجماع عليه ــ هكذا فــي الجواهر ــ ويمكن الاستدلال على المدعى بانصراف الأدلة الى العين بل يمكن تقريب المدعى بأن صدق هذا المفهوم على الدين اول الكلام والاشكال ومع الشك في الصدق لامجال للأخذ بالدليل كما هو المقررعند القوم فلاحظ.
- ٢) اذ مع عدم صحة البيع لايتحقق عنوان الوثاقة والحال ان الرهن وثيقة
 للدين .
- ٣) بلا خلاف اجده بيننا بل في التذكرة وجامع المقاصد الأجماع عليه بل ولا اشكال _ هكذا في الجواهر _ ويمكن الاستدلال على المدعى بعدم صدق المفهوم لو لم يكن على أمر ثابت بل الشك في الصدق يكفي كما مرقريباً في نظيره وعلى الجملة موضوع الرهن الأمر الثابت في الذمة فلا يعقل تحققه قبل موضوعه .
 - ٤) بناءاً على صحة الفضولي بالاجازة كما هو المقرر .

١) البقرة/ ٢٨٤

٢) الوسائل الباب ٣ من احكام الرهن الحديث: ١

في الضميمة على اجازة مالكها (١ و يلزم الرهن منجهة الراهن ٢٥ ورهن الحامل لبس رهناً للحمل وان تجدد (٣ و فوائد الرهن للمالك (٤

١) كما هو ظاهر فان تصرف المالك نافذ في ملكه وأما التصرف الصادر من
 الفضولي فيتوقف صحته على الاجازة كما هو المقرر في محله .

٢) ادعي عليه عدم الخلاف بل ادعي عليه الاجماع ويدل على المدعى عموم
 قوله تعالى اوفوا بالعقود (* ١) فان الأمر بالوفاء ارشاد الى لزوم العقد .

٣) لعدم المقتضي للدخول بل دخوله وعدمه تابعان للقصد ولا فرق في هذه الجهة بين التجدد وعدمه والاجماع المدعى على الدخول يوهن كما في الجواهر لمصير كثير من الاصحاب الى خلافه اذ القول بعدم التبعية للمبسوط والخلاف ونكست النهاية للمصنف والتحرير والتذكره والارشاد والمختلف، والايضاح، والتنقيح، وجامع المقاصد، والروضة، ومجمع البرهان، والكفاية على ماحكي عن بعضها ومال اليه في المسالك وحكاه في الدروس عن المصنف في درسه بل قد يظهر من التذكرة الاجماع عليه بل في زكاة الخلاف دعواه صريحاً قال: « اذا رهن جارية أوشاة فحملتا بعد الرهن كان الحمل خارجاً باجماع الفرقة» (* ٢) الى آخر كلامه رفع في علو مقامه.

وعلى الجملة لادليل على التبعية على الاطلاق ومقتضى الأصل عدم الدخول اذ المفروض عدم تعلق القصد واصالة تسلط المالك على ملكه بحالها .

إلا خلاف ولا اشكال بل الاجماع بقسميه عليه بل المحكي منهما مستفيض كالنصوص بل يمكن دعوى ضرورة المذهب بل الدين عليه هكذا في الجواهر (٣٣)
 و تدل على المدعى جملة من النصوص منها ما رواه ابن سنان يعني عبدالله عن أبي

١) المائدة /١

۲) الجواهر ج ۲۵ ص: ۲۳۰

٣) نفس المصدر. ج ٢٥ ص : ٢٢٩

والرهن على احد الدينين ليس رهناً على الاخر '' ولواستدان آخر وجعل الرهن على الاول رهنا عليهما صح''وللولي الرهن مع مصلحة

عبدالله عليه السلام قال: قضى امير المؤمنين عليه السلام في كل رهن له غلة انغلنه تحسب لصاحب الرهن مما عليه (*1) .

ومنها ما رواه اسحق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث انهسأله عن رجل ارتهن داراً لها غلة لمن الغلة ؟ قال : لصاحب الدار (*٢) .

ومنها ما رواه ابوالعباس عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: وقضى في كل رهن له غلة ان غلته تحسب لصاحبه عليه (*٣).

ومنها ما رواه ابراهيم الكرخي قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل رهن بماله أن بماله أن يحتسب لصاحب الأرض والدار ما اخذه من الغلة ويطرحه عنه من الدين له (*٤)

ومنها ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: ان رهن رجل أرضاً فيها ثمرة فان ثمرتها من حساب ماله وله حسابما عمل فيها وانفق منها فاذا استوفى ماله فليدفع الارض الى صاحبها (* ٥).

١)كما هو ظاهر واضح لعدم المقتضي لذلك فلاحظ .

٧) لوجود المقتضي وعدم المانع وادعيعدم الخلاففيه بل ادعىالاجماع

١) الوسائل الباب ١٠ من أبواب الرهن الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث: ٣

٣) نفس المصدر الحديث: ٤

٤) نفس المصدر الحديث: ٥

٥) نفس المصدر الحديث: ٦

المولى عليه'' والمرتهن ممنوع من التصرف بغير اذن الراهن'⁷

بقسميه عليه كما في الجواهر (* ١) .

- ١) فان الولى له التصرف في مال اليتيم مع المصلحةعلى ما هو المقررفي محله ولا فرق في جواز التصرف بين اقسامه فلاحظ.
- ٢) لحرمة التصرف في مال الغير بدون اذنه ويؤكد المدعى ماعن النبي صلى الله عليه وآله انه قال: « الراهن والمرهون ممنوعان من التصرف في الرهن (*٢) .

وفي المقام رواية لابي ولاد قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يأخذ الدابة والبعير رهناً بماله أله أن يركبه قال : فقال : ان كان يعلفه فله أن يركبه وان كان الذي رهنه عنده يعلفه فليس له أن يركبه (٣ *).

ومقتضى هذهالرواية جواز ركوب الدابة والبعيربشرط التعليف وقريب منها ما رواه السكوني عن جعفر عن ابيه عن آبائه عن على عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله: الظهر يركب اذاكان مرهو ناً وعلى الذي يركبه نفقته والدر يشرب اذا كان مرهوناً وعلى الذي يشرب نفقته (*٤) .

وقال صاحب الحدائن: « والأصحاب حملوهما على ما اذا اذن له الراهن في الانفاق مع تساوي الحقين وأنت خبير بما فيه من البعد عـن سياق الخبرين سيما الأول لأن السائل سئله عن الرجل يأخذ الدابة أو البعير أله أن يركبه يعني من غير اذن الراهن والا فمع الاذنلامعنى للسئوال بالكلية » (* ه) الى آخر كلامه .

١) الجواهر ج ٢٦ ص : ١٥٤

٢) مستدرك الوسائل الباب ١٧ من ابواب الرهن الحديث : ٦

٣) الوسائل الباب ١٢ من ابواب الرهن الحديث : ١

٤) نفس المصدر الحديث: ٢

٥) الحداثق ج ٢٠ ص: ٢٦٢

ولا ياس بتصرف الراهن في المرهون تصرفاً لا ينافي حق الرهانة " ولا يجوز له التصرف المنافي من دون اذن المرتهن وتقدم حكم يم الراهن العين المرهونة مع علم المشتري وجهله في شروط العوضين ولوشرط المرتهن في عقد الرهن استيفاء منافع العين في مدة الرهن مجاناً فان لم يرجع ذلك الى الاشتراط في القرض أو في تاجيل الدين صح وكذلك ما لوشرط استيفاءها بالاجرة مدة واذا صح الشرط لزم العمل به الى نهاية المدة (1

وقبل أسطر (*1) نقل كلام الشيخ قدس سره في النهاية حيث قال: «وقال الشيخ في النهاية : واذا كان الرهن دابة فركبها المرتهن كانت نفقتهاعليه وكذلك ان كانت شاة شرب لبنها كانت عليه نفقتها واذا كان عند الانسان دابـة أو حيوان رهناً فان نفقتها على الراهن دون المرتهن فان انفق المرتهن عليها كان له ركوبها والانتفاع بها أو الرجوع على الراهن بما انفق » الخ.

والظاهرانما أفاده صاحب الحدائق من الاستبعاد في محله وان ماأفاده الشيخ قدس سره من نهاية موافق لحديث أبي ولاد وأما الحديث الاخرفلااعتبار بهسنداً والله العالم .

- ١)كتزويج العبد وتعليمه وتقبيل الجارية وأمثالها اذ لامقتضي للمنـع .
- ٢) بلا خلاف كما في الحدائق مضافأ الى أن عدم الجواز مع فرض التنافي
 من الواضحات بحيث لايحتاج الى الاستدلال فلاحظ .
 - ٣) فراجع ما ذكرناه هناك ولا نعيد.
- ٤) اذ مـع عدم استلزامه الرباء لامانسع منه في حد نفسه فيصح اشتراطه

١) لاحظ المصدر ص : ٢٦١

وان برئت ذمة الراهن من الدين (أ ولوشرط في عقله الرهن وكالة المرتهن أوغيره في البيع لم ينعزل مادام حياً (أولوأوصى اليه لزم (أوحق الرهانة موروث (أوالمرتهن امين لايضمن بدون التعدي (أ

ويلزم.

١ اذ الشرط في ضمن العقد يازم فلابد من رعايته الى نهاية امده ولا وجه
 لربطه بالرهن بقاءاً كما هو ظاهر لمن له خبرة بالصناعة .

- ٢) فان الوكالة تلزم بالشرط في ضمن العقد .
 - ٣) لنفوذ الوصية عند اجتماع شرائطها .
- ٤) كبقية الحقوق فان الحقوق تورث كالأموال نعم لااشكال في عدم قابلية الارث بالنسبة الى بعض الحقوق فلاحظ ولنا اشكال في ارث الحقوق تعرضنا له في ارث الخيار فراجع .
- ه) قال في الجواهر في هذا المقام (* ١) بلاخلاف أجده فيه بيننا بل ظاهر
 كشف الحق وغيره الاجماع عليه بل عن الخلاف والغنية والسرائر والتذكرة
 والمفاتيح دعواه صريحاً الخ.

وتدل على المدعى جملة من النصوص منها ما رواه جميل بن دراج قال قال: أبو عبدالله عليه السلام في رجل رهن عند الرجل رهناً فضاع الرهن قال: هو من مال الراهن ويرجع المرتهن عليه بماله (* ٢).

ومنها ما رواه ابان بن عثمان عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في الرهن : اذا ضاع من عند المرتهن من غيرأن يستهلكه رجع بحقه على الراهن فاخذه وان استهلكه ترادا الفضل بينهما (* ٣) .

١) الجواهر ج ٢٥ ص: ١٧٤

٢ و٣) الوسائل الباب ٥ من ابواب الرهن الحديث ١ و٢

كتاب الرهن _____

ومنها ما رواه الحلبيءن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يرهنعندالرجل الرهن فيصيبه توى أو ضياع قال : يرجع بماله عليه (* ١) .

ومنها ما رواه اسحق بن عمارعن أبى ابراهيم عليه السلام قال: قلت: الرجل يرتهن العبد فيصيبه عور أو ينقص من جسده شيء على من يكون نقصان ذلك ؟ قال: على مولاه قلت: ان الناس يقولون: ان رهنت العبد فمرض او انففأت عينه فاصابه نقصان من جسده ينقص من مال الرجل بقدرما ينقص من العبد قال: أرأيت لو ان العبد قتل « قتيلا » على من يكون جنايته ؟ قال: جنايته في عنقه (* ٢).

ومنها ما رواه الحلبي في الرجل يرهن عند الرجل رهناً فيصيبه شيء أوضاع قال : يرجع بماله عليه (* ٣) .

ومنها ما رواه اسحق بن عمارقال: قلت لأبي ابر اهيم عليه السلام الرجل يرهن الغلام والدار فتصيبه الافة على من يكون ؟ قال: على مولاه ثم قال: أرأيت لوقتل قتيلا على من يكون ؟ قلت هو في عنق العبد قال: ألا ترى فلم يذهب مال هذا ثم قال: أرأيت لوكان ثمنه مأة دينار فزاد وبلغ مأتي دينار لمن كان يكون قلت: لمولاه قال: كذلك يكون عليه ما يكون له (* ٤).

ومنها ما رواه ابان بن عثمان عمن اخبره عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في الرهن : اذا ضاع منعندالمرتهن من غبرأن يستهلكه رجع في حقه على الراهن فاخذه فان استهلكه ترادا الفضل بينهما (* ٥).

ومنها ما رواه سليمان بـن خالد عن أبــى عبدالله عليه السلام قال : اذا رهنت

١) نفس المصدر الحديث: ٣

٧) نفس المصدر الحديث: ٤

٣ و٤) نفس المصدر الحديث: ٥ و٦

٥) نفس المصدر الحديث : ٧

عبدآأودابة فمات فلاشيءعليك وان هلكت المدابة أوأبقالغلام فأنت ضامن(*١).

ومنها ما رواه ابان عن رجل عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل رهن عند رجل داراً فاحترقت او انهدمت قال : يكون ماله في تربة الأرض وقال في رجل رهن عنده مملوكة تجذم او رهن عنده متاع فلم ينشر المتاع ولم يتعاهده ولم يحركه فتأكل هل ينقص ماله بقدر ذلك ؟ قال : لا (*۲) .

وجملة من النصوص تدل على ضمانه على الاطلاق منهاما رواه أبو حمزة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام: يترادان الفضل فقال: كان على عليه السلام: يترادان الفضل فقال: كان على عليه السلام يقول ذلك قلت: كيف يترادان؟ فقال: ان كان الرهن أفضل مما رهن به ثم عطب رد المرتهن الفضل على صاحبه وان كان لايسوي رد الراهن ما نقص من حق المرتهن قال: وكذلك كان قول على عليه السلام في الحيوان وغيرذلك (* ٣).

ومنها ما رواه ابن بكيرقال: سألت أبا عبدالله عليه السلام في الرهن فقال: ان كان اكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدي الفضل الى صاحب الرهن وان كان اقل من ماله فهلك الرهن ادى اليه صاحبه فضل ماله وان كان الرهن سواء فليس عليه شيء (* ٤).

ومنها ما رواه عبدالله بن الحكم قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عنرجل رهن عند رجل رهناً على ألف درهموالرهن يساوي الفين وضاع قال: يرجع عليه بفضل ما رهنه وان كان أنقص مما رهنه عليه رجع على الراهن بالفضل وان كان الرهن يسوي ما رهنه عليه فالرهن بمافيه (* ٥) وتقيد الاطلاقات بما يدل على عدم الضمان

١ و٢) نفس المصدر الحديث : ٨ و٩

٣) الوسائل الباب ٧ من أبواب الرهن الحديث : ١

٤) نفس المصدر الحديث: ٣

٥) نفس المصدر الحديث: ٥

وتحمل على صورة الافراط أو التفريط.

- ١)كما هو المقرر .
- ٢) لحديث أبي ولاد عن الصادق عليه السلام قيمة بغل يوم خالفته (* ١)
 الدال على أن الميزان والمعيار بيوم الغصب .
 - ٣) لأنه موافق مع الأصل.
 - ٤) الكلام فيه هو الكلام فان الأصل معه .
- ادعي عليه عدم الخلاف بل ادعي عليه الاجماع مضافاً الى جملة من النصوص الدالة على أن الرهن وثيقة للدين وقائدتها شرعاً وعرفاً استيفاء الدين منها.

منها ما رواه عبدالله بن سنان قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن السلم في الحيوان والطعام ويرتهن الرجل بماله رهناً قال: نعم استوثق من مالك (٢٤)

ومنها ما عن معاوية قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يسلم في الحيوان ويرتهن الرهن قال: لابأس تستوثق من مالك (٣*) ومثلهاما رواه محمد بن مسلم ويعقوب ابن شعيب (* ٤).

وفي المقام حديثان احدهما ما رواه عبدالله بن حكم قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أفلس وعليه دين لقوم وعند بعضهم رهون وليس عند بعضهم

١) الوسائل الباب ١٧ من الاجارة الحديث: ١

٢) الوسائل الياب ١ من ابواب الرهن الحديث: ١

٣) الوسائل الباب ١ من أبواب الرهن الحديث : ٩

٤) نفس المصدر الحديث : ٥ و٦

ولوفضل من الدبن شيىء شارك فى الفاضل (ا ولوفضل من الرهن وله دين بغير رهن تساوى الغرماء فيه (ا ولوتصرف المرتهن بدون ادن الراهن فى البيع قبل الاجل اذن الراهن فى البيع قبل الاجل فباع لم يتصرف فى الثمن الاباذن الراهن (محتى بعد الاجل (ا واذا

فمات ولا يحيط ماله بما عليه من الدين قال: يقسم جميع ما خلف من الرهون وغيرها على أرباب الدين بالحصص (* ١).

ثانيهما ما رواه سليمان بن حفص المروزي قال كتبت الى أبي الحسن عليه السلام في رجل مات وعليه دين ولم يخلف شيئاً الا رهنا في يد بعضهم فلا يبلغ ثمنه أكثر من مال المرتهن أيأخــذ بماله أو هــو وساير الديان فيه شركاه ، فكتب عليه السلام : جميع الديان في ذلك سواء يتوزعونه بينهم بالحصص (* ٢) ، يستفاد خلاف المدعى منهما لكتهما ضعيفان سنداً .

- ١) كما هــو مقتضى القاعدة اذ المفروض انه احد الغرما، فيشارك غيره في الفاضل.
 - ٢) هذا ايضاً على طبق القاعدة الاولية في هذا الباب فلاحظ .
 - ٣) اذ المفروض ان يده يد عدوان فيضمن على طبق الفاعدة األولية .
- إلى المعروض انه ليس له التصرف فتثبت عليه الاجرة الاعلى القول بالتفصيل الذي تقدم (* ٣) .
 - ه) اذ المفروض ان الثمن ملك للراهن فلا يجوز التصرف فيه الا باذنه .
 - ٦) لأنه لا يخرج عن ملكه بعد حلول الأجل.

١) الوسائل الباب ١٩ من ابواب الرهن الحديث: ١

٢) نفس المصدر الحديث: ٢

٣) لاحظ ص: ٢١٠

لم ياذن في الاستيفاء حينئذ جاز للمرتهن الاستيفاء بلااذن (أكما انه لولم ياذن في البيع حينئذ وامتنع من وفاء الدين جاز للمرتهن البيع والاستيفاء بلااذن (أو الاحوط استحباباً مراجعة الحاكم الشرعي (أولوخاف المرتهن جحود الوارث عند موت الراهن ولابينة جاز أن يستوفى من الرهن مما في يده (أ

 ١) اذاو لم يجز لايترتب على الرهن الأثر المرغوب فيه وبعبارة اخرى الغاية المترتبة على الرهن امكان استيفاء الدين من تلك الوثيقة فلا يتصور عدم الجواز الافى صورة اذن الراهن أو وفاء الدين بطريق آخر .

- ٢) الكلام فيه هو الكلام والتقريب هو التقريب .
 - ٣) لااشكال في حسن الاحتياط.
- ٤) قد ذكرت في تقريب الاستدلال على المدعى وجوه :

الأول: ان فائدة الرهن جواز بيع الوثيقة عند عدم امكان الاستيفاء من غيرها وفيه انه فرض موت الراهن وانتقال الوثيقة الى الوارث وعقد الرهن مع الراهن لامع الورثة فاثبات الجواز يحتاج الى الدليل.

الثاني: لزوم الحرج على المرتهن وفيه اولا: انه اخص من المدعى اذ ربما لايكون حرج عليه ، وثانياً : قاعدة لاحرج شانها النفي لاالاثبات .

الثالث: قاعدةالضرر وفيه اولا: ان القاعدة شانها النفىلاالاثبات وثانياً: انما يتم على المسلك الشيخ الشريعةقدس سره فلا تتم لاثبات المدعى .

الرابع: ما رواه المروزي انه كتب الى أبي الحسن عليه السلام في رجلمات وله ورثة فجاء رجل فادعى عليه مالا وان عنده رهناً فكتب عليه السلام: ان كان له

على الميت مال ولا بينة له عليه فليأخذ ماله بمافي يده وليرد الباقي على ورثته (*١) وهذه الرواية ضعيفة سنداً وعمل المشهور بها على تقدير تحققه لايوجب اعتبارها كما هو المقرر عندنا تبعاً لسيدنا الاستاد .

الخامس: النصوص الدالة على جواز المقاصة منها: ما رواه داود بنرزين قال: قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام: اني اخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها ثميقع لهم عندي المال فلي أن آخذه قال: خذ مثل ذلك ولا تزد عليه (*٢).

ومنها ما رواه جميل بن دراج قال : سألت أبا عبدالله عليه السلامعن الرجل يكون له على الرجل الدين فيجحده فيظفر من ماله بقدر الذي جحده أيأخذه وان لم يعلم الجاحد بذلك قال : نعم (* ٣).

ومنها ما رواه علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل الجحود أيحل أن اجحده مثل ما جحد ؟ قال: نعم ولا تزداد (* ٤).

وفيه ان المستفاد مسن هذه النصوص جواز التقاص فسي مورد تحقق الخيانة وانكار الحق المعلوم عند المنكر وفي المقام لم يفرض علم الوارث بالحال فعلى طبق القاعدة لايجب عليه تصديق ما يدعى المرتهن.

السادس: الاجماع قال في الجواهر: « وقد صرح بهالاصحاب من غيرخلاف يعرف بل عن شرح الارشاد الاجماع ان للمرتهن الاستيفاء من الرهن » الى أن قال

١) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب الرهن

٢) الوسائل الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به الحديث: ١

٣) نفس المصدر الحديث: ١٠

٤) نفس المصدر الحديث ١٣

والقول قول المالك مع ادعاء الوديعة وادعاء الاخر الرهن(١

« وعن مجمع البرهان الاجماع أيضاً » الخ وهل يمكن اثبات المدعى بالاجماع المدعى في المقام؟ والله العالم .

١) لكونه موافقاً مع الأصل فان اثبات كونه رهناً يتوقف على اقامة البينة هذا مقتضى القاعدة الأولية ولكن يستفاد من بعض النصوص كحديث ابن أبي يعفور عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث فانكان الرهناقل مما رهن به اواكثر واختلفا فقال: هو رهن وقال الاخر هو وديعة قال: على صاحب الوديعة البينة فان لم يكن بينة حلف صاحب الرهن (* ١) .

وحديث عباد بن صهيب قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن متاع في يد رجلين احدهما يقول: استودعتكاه « استود عتكه » والاخر يقول: هورهن قال فقال: القول قول الذي يقول هو انه رهن الا أن يأتى الذي ادعى انه او دعه بشهود (*۲) ان القول قول مدعى الرهانة .

وربما يقال: الحديثان مطلقان فيقيدان بحديث ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام انه قال في رجل رهن عند صاحبه رهناً فقال الذي عنده الرهن: ارتهنته عندي بكذا وكذا وقال الاخر: انما هو عندك وديعة فقال: البينة على الذي عنده الرهن ان بكذا وكذا فان لم يكن له بينة فعلى الذي له الرهن اليمين (* ٣).

فان مقتضى اطلاق الحديثين عدم الفرق بين ثبوت الدين وعدمه وهذا الاطلاق يقيد بحديث ابن مسلم ولكن الانصاف انه لامجال لهذا التقريب فان النصوص كلهامتساوية منهذه الجهة وبعبارة اخرى كلهامطلقة فيقع التعارض بينها والترجيح بالاحديثه مع حديثى ابن صهيب وابن أبى يعفور .

١ و٢) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الرهن الحديث: ٢ و٣

٣) نفس المصدر الحديث: ١

كتاب الحجر

واسبابه امور: الاول الصغر (۱ فالصغير ممنوع من التصرف الامع البلوغ^{۱۷}

واما حديث ابن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل قال لرجل: لي عليك ألف درهم فقال الرجل: لاولكنها وديعة فقال أبوعبدالله عليه السلام: القول قول صاحب المال مع يمينه (* ١) فهومتمرض لحكم خاص في مورد مخصوص فلا يمكن التعدي عن مورده فلاحظ.

۱) قال في الحداثق: « لاخلاف في الحجرعلى الصغير مالم يبلغ في الجملة الخ» (* ۲).

٢) ويمكن الاستدلال على المدعى بوجوه :

الوجه الأول: قوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشــداً فادفعوا اليهم أموالهم » (* ٣) بتقريب ان المستفاد من الآية الشريفة انه لايدفع الى اليتيم ماله الا مع تحقق امرين: البلوغ والرشد.

وبعبارة اخرى: ان مقتضى المفهوم عدم الدفع اليه اذا كان غير بالخ أو اذا كان غيررشيد وعدم الدفع لأجل كو نه محجوراً عليه وممنوعاً عن التصرف والمستفاد من الاية وان كان التصرف في ماله ولكن يمكن أن يقال: بعدم القول بالفصل يثبت منعه عن التصرفات على الاطلاق.

الوجه الثاني: ما رواه عمار الساباطي عن أبي عبدالله عليهالسلام قال: سألته

١) الوسائل الباب ١٨ من ابواب الرهن الحديث : ١

٢) الحداثق ج ٢٠ ص : ٣٤٣

٣) النساء/٦

عن الغلام متى تجب عليه الصلاة ؟ قال: اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة، فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلوة ، وجرى عليه القلم ، والجارية مثل ذلك ان أتى لها شلاك عشرة سنة أو حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم (* ١).

فــان مقتضى هذه الرواية ان جريان القلم على الصبي مشروط بالبلوغ وقبل البلوغ للبلوغ وقبل البلوغ وقبل البلوغ لا يترتب على معاملاته وعقوده وايقاعاته اثر .

الوجه الثالث : مــا يدل من النصوص على عدم جواز امر الصبي ومِضيــه الا بالبلوغ :

منها ما رواه حمران عن أبي جعفر عليه السلام قال: ان الجارية ليست مثل الغلام ان الجارية ان تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ودفع اليها مالها وجاز أمرها في الشراء والبيع واقيمت عليها الحدود النامة واخذت لها وبها قال: والغلام لايجوز امره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتم حتى يبلخ خمس عشرة سنة أو يحتلم أو يشعر او ينبت قبل ذلك (* ٢).

ومنها ما رواه أبو الحسين الخادم بياع اللؤلؤ عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره ؟ قال : حتى يبلغ أشده قال: وما أشده قال : احتلامه قال : قلت : قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة او اقل أو اكثر ولم يحتلم قال : اذا بلغ وكتب عليه الشيء «ونبت عليه الشعر » جاز عليه امره الا أن يكون سفيها أو ضعيفاً (* ٣) ومثلهما غيرهما فان مقتضى اطلاق هذه

١) الوسائل الباب ، من مقدمات العبادات الحديث : ١٢

٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب الحجر الحديث: ١

٣) الوسائل الباب ٢ من ابواب الحجر الحديث: ٥

النصوص عدم نفوذ تصرفه .

الوجه الرابع: ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: عمد الصبي وخطاءه واحد (* ١) فان مقتضى هذه الرواية ان عمد الصبي كخطائه فلا يترتب ائسر على افعاله وتخصيص الرواية بجناياته الموجبة للدية لاوجه له فان الرواية مطلقة ولا مقتضى للتقييد فلاحظ.

وربما يستدل على جواز تصرفات الصبى بوجوه ايضاً:

الوجه الاول: الآية الشريفة وقد ذكر في تقرير الاستدلال بها على المدعى تقريبان:

احدهما: ان المستفاد منها ان المدار الرشد وانما ذكر البلوغ لكونه امارة عليه ولاخصوصية له وبعبارة اخرى الجملة الأخيرة استدراك على الصدر فالصبي الرشيد امره نافذ.

وفيه: انجعل البلوغ امارة وطريقاً الى الرشد خلاف الظاهر لايصار اليه بلاقرينة. ثانيهما: ان الابتلاء والامتحان تعلق في الاية باليتامى فيستفاد من الاية الشريفة ان البتيم اذا ابتلي وعلم انه رشيد يصح أمره وينفذ .

وفيه اولا: انه يمكن أن يكون المراد بالابتلاء ما يتعلق ببلوغه اى يبتلى كى يعلم انه بلغ ام لا وثانياً: نفرض ان الابتلاء لأجـل استعلام رشده ولكن لاتنافي بين كون الابتلاء لاستعلام الرشـد وأن يكون نفوذ الأمر مترتباً على المركب من البلوغ والرشدكما هو ظاهر الاية .

وصفوة القول: انه لامناص عـن العمل بالظاهر وظاهر الآية يقتضي ترتب النفوذ على البلوغ .

١) الوسائل الباب ١١ من ابواب العاقلة الحديث : ٢

كتاب الحجر ______ ٢٢٣

والرشد^{(۱} ويعلم الاول بانبات

الوجه الثاني: النصوص الدالة على جوازوصيته ووقفه وصدقته وعتقه لاحظ ما رواه أبو بصير يعنى المرادي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: اذابلخ الغلام عشر سنين واوصى بثلث ماله في حـق جازت وصيته واذا كان ابن سبع سنين فاوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته (* ١).

وما رواه زرارة عـن أبي جعفر عليه السلام قال : اذا أتى على الغلام عشـر سنين فانه يجوز في ماله ما اعتق او تصدق او أوصى على حد معروف وحق فهو جايز (* ٢) .

وما رواه زرارة أيضاً عن أبي جعفر عليه السلام قال: اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له من ماله ما اعتق وتصدق على وجه المعروف فهو جايز (*٣) وفيه : ان هذه النصوص على فرض تماميتها سنداً ودلالة تقتضي التخصيص في ادلة المنع ودليل المنع لايكون آبياً عن التخصيص .

الوجه الثالث : ما ارسله في المبسوط على ما نقل عنه « وروي انه اذا بلخ عشر سنين وكان رشيداً كان جايز التصرف » والمرسل لااعتبار به .

الوجه الرابع : السيرة بدعوى جريانها على ترتيب الأثـر على تصرفاته . وفيه: ان جريان السيرة من المتشرعة المبالين بالشرع والشريعة اول الكلام والاشكال فالنتيجة عدم دليل على جواز تصرفات الصبى .

١) كما يستفاد من الآية الشريفة وتدل على المدعى جملة من النصوص: منها
 ما رواه هشام عن أبي عبدالله عليه السلام قال: انقطاع يتم اليتيم بالاحتلام وهو
 اشده وان احتلم ولسم يؤنس منه رشده وكان سفيها أو ضعيفاً فليمسك عنه وليسه

١) الوسائل الباب ٤٤ من احكام الوصايا الحديث: ٢

٢) الوسائل الباب ١٥ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث: ١

٣) الوسائل الباب ٥٦ من أبواب العنق الحديث : ١

ماله (* ۱).

1) ادعي عليه عدم الخلاف بل الاجماع وقال في الحدائق: «قال في التذكرة وهو مختص بشعر العانة الخشن ولا اعتبار بالشعر الضعيف الذي قد يوجد في الصغر بل الخشن الذي يحتاج في ازالته الى الحلق حول ذكر الرجل وفر جالمرأة وقال ايضاً في الكتاب المذكور انبات هذا الشعر دليل البلوغ في حق المسلمين والكفار عند علمائنا اجمع » (* Υ) الى أن قال : «قال في المسالك بعد قول المصنف و يعلم بلوغه بانبات الشعر الخشن على العانة ما لفظه : ويعبر عنه بالزغب » (* Υ) الى .

وتدل على المدعى جملة من النصوص منهاما رواه الكناسي قال قلت لأبي جعفر عليه السلام: متى يجوز للاب أن يزوج ابنته ولا يستأمرها ؟ قال: اذا جاز تسع سنين فان زوجها قبل بلوغ النسع سنين كان الخيار لها اذا بلغت تسعسنين الى أن قال قلت: فالغلام يجري في ذلك مجرى الجارية ؟ فقال: ياأبا خالد ان الغلام اذا زوجه ابوه ولم يدرك كان بالخيار اذا ادرك وبلغ خمس عشرة سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته قبل ذلك الخ (* ٤) وهذا الحديث مخدوش بالكناسي .

ومنها ما رواه حمران قال: سألت أبا جعفر عليه السلام قلت له: متى يجبعلى الغلام أن يؤخذ بالحدود التامة ويقام عليه ويؤخذ بها ؟ قال: اذا خرج عنه اليتم وادرك قلت: فلذلك حد يعرف به فقال: اذ احتلم او بلمغ خمس عشرة أو اشعر

١) الوسائل الباب ١ من أبواب الحجر الحديث: ١

٢) الحداثق ج ٢٠ ص : ٣٤٦

٣) الحداثق ج ٢٠ ص : ٣٤٧

٤) الوسائل الباب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد الحديث: ٩

او أنبت قبل ذلك اقيمت عليه الحدودالتامة و اخذبهاو اخذت له (*١) وهذه الرواية ضعيفة بحمزة وغيره .

ومنها ما رواه ابو البختري عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام انه قال عرضهم رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم يومئذ يعني بني قريظة على العانات فمن وجده انبت قتله ومن لم يجده أنبت ألحقه بالذراري (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة أيضاً سنداً فالعمدة الاجماع والتسالم بين الاصحاب.

1) الظاهرانه لاخلاف فيه بين الأصحاب ويدل عليه قوله تعالى واذا بلغ الاطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم (٣٣) وعن التذكرة: «الاحتلام هو خروج المني وهو الماء الدافق الذي يخلق منه الولد » وعنه أيضاً: « الجلم خروج المني من الذكر أو قبل المرثة مطلقاً سواء كان بشهوة او بغير شهوة وسواء كان بجماع أو غير جماع وسواء كان في نوم او يقظة ».

وتدل على المدعى ايضاً جملة من النصوص منها ما رواه حمران عن أبسي جعفر عليه السلام قال: ان الجارية ليست مثل الغلام ان الجارية اذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ودفع اليها مالها وجاز أمرها في الشراء والبيع واقيمت عليها الحدود التامة واخذت لهاو بها قال: والغلام لا يجوز امره في الشراء والبيع ولا يخرج من اليتم حتى يبلغ خمس عشرة سنة او يحتلم او يشعر اوينبت قبل ذلك (* ٤) ،

١) الوسائل الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات الحديث : ٢

٧) نفس المصدر الحديث : ٨

٣) النور/٥٩

٤) الوسائل الباب ٢ من أبواب الحجر الحديث: ١

ومنها ما رواه طلحة بن زيد عن أبى عبدالله عليه السلام ان اولاد المسلمين موسومون عندالله شافع ومشفع فاذا بلغوا اثنتى عشرة سنة كتبت لهم الحسنات فاذا بلغوا الحلم كتبت عليهم السيئات (* ١) .

ومنها ما رواه علي بن جعفر عن أحيه موسى بن جعفر عليه قال : سألته عــن البتيم متى ينقطع يتمه قال : اذا احتلم وعرف الأخذ والعطاء (* ٢) .

ومنها ما عن جعفر بن محمد عن ابيه عن آبائه عليهم السلام في وصية النبي صلى الله عليه و آله وسلم لعلي عليه السلام قال يا علي لايتم بعد احتلام (* ٣).

ومنها ما رواه الأعمش عن أبي ظبيان قال أتسي عمر بامرأة مجنونة قد زنت فأمر برجمها فقال علي عليه السلام أما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ (*٤) .

ومنها مرسل الفقيه قال : وفي خبر آخر على الصبي اذا احتلم الصيام وعلى المرأة اذا حاضت الصيام (* ٥) .

ومنها ما رواه عمار الساباطى عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته متى تجب عليه الصلوة قال: اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلوة وجرى عليه القلم والجارية مثل ذلك ان أتى لها ثلاث عشرة سنة او حاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلوة وجرى عليها القلم (* ٢).

١) لاحظ ما رواه عمار (* ٧) ان قلت لااشكال في عدم التحيض قبل البلوغ

١ و٢) الوسائل الياب ٤ من أبواب مقدمة العبادات الحديث: ١ و٦

٣) نفس المصدر الحديث: ٩

٤) نفس المصدر الحديث ١١

٥) نفس المصدر الحديث: ١٠

٣ و٧) نفس المصدر الحديث: ١٢

اواكمال خمس عشرة سنة في الذكر (١

تسعاً فكيف يكون البلوغ بالحيض ؟ وبعبارة اخرى الحيض قبل التسع لايكون حيضاً شرعاً كماصرح الماتن به في بحث الحيض وبعد التسع يكون البلوغ بالسن فأين تظهر الفائدة ؟ قلت : تظهر الفائدة في مجهول السن وبعبارة اخرى لو ترى المجارية الدم الذي يكون حيضاً قطعاً ولا تدري ان سنها بلغ التسع أم لا ؟ يحكم بكونها بالغة ولامجال لاستصحاب عدم بلوغ سنها تسعاً وانشئت قلت: دم الحيض في مجهولة السن امارة على البلوغ ومع وجود الامارة لامجال للاصل فلا يجري الاستصحاب فلاحظ.

١) ما يمكن أن يذكر في تقريب الاستدلال على المدعى وجهان :

الوجه الأول: الاجماع والتسالم القطعي على تحقق البلوغ باكمال خمس عشرة فمادام لم يكمل هذا المقدار يجري استصحاب عدم البلوغ بلمقتضى الاية « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح (* ١) « واذا بلغ الطفال منكم الحلم فلبستأذنوا » (* ٢) والرواية عدم تحقق البلوغ قبل تحقق الحلم خرج عنه بلوغ هذا المقدار من السن بمقتضى الاجماع والتسالم .

الوجه الثانى: النصوص الدالة على المدعى منها ما رواه حمران عن أبى جعفر عليه السلام فى حديث الى أن قال قال: والغلام لا يجوز أمره فى البيع والشراء ولا يخرج من اليتم حتى يبلغ خمس عشرة ستة أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذك (* ٣).

ومنها ما وواه برید (یزید) الکناسی قال : قلت : لابی جعفر علیه السلام متی یجوز للاب أن یزوج ابنته ولا یستأمرها ؟ الی أن قال : قلت : فالغلام پجری فی

١) النساء/٢

۲) النود/٥٥

٣) الوسائل الباب ٢ من أبواب الحجر الحديث: ١

ذلك مجري الجارية قال يا أبا خالدان الغلام اذا زوجه أبوه ولم يدرككان بالخيار اذا ادرك وبلسخ خمس عشرة سنة او يشعر فسى وجهه او ينبت فسى عانته قبل ذلك (* ١) .

ومنها ما رواه معاوية بن وهب فى حديث قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام فى كم يؤخذ الصبي بالصيام؟ قال ما بينه وبين خمس عشرة سنة واربع عشرة سنة فان هو صام قبل ذلك فتركته (*٢).

وفى قبال هذه النصوص روايات يستفاد منها خسلاف المدعى منها ما رواه الثمالى عن أبى جعفر عليه السلامقال قلت له : فى كم تجري الأحكام على الصبيان قال فى ثلاث عشرة واربع عشرة قلت : فانه لم يحتلم فيها قال: وانكان لم يحتلم فان الاحكام تجري عليه (* ٣) .

وهذه الرواية ضعيفة سنداً فدليل كون البلوغ باربع عشرة سنة ضعيف سنداً ومنها ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سأله أبي وأناحاضر عن قول الله عزوجل حتى اذا بلغ اشده قال: الاحتلام قال: فقال: يحتلم في ست عشرة وسبع عشرة سنة و نحوها فقال: لااذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات و كتبت عليه السيئات و جاز أمره الا أن يكون سفيها أو ضعيفاً (* ٤).

ومنها ما رواه عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قــال: سألته عن الغلام متى تجب عليه الصلوة قال: اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة فان احتلم قبل ذلك فقدو جبت عليه الصلوة (* ٥) .

١) الوسائل الباب ٦ من أبواب عقد النكاح ومقدماته الحديث: ٩

٧) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب من يصح منه الصوم الحديث : ١

٣) الوسائل الباب ٥٤ من ابواب احكام الوصايا الحديث: ٣

٤) الوسائل الباب ٤٤ من ابواب الوصايا الحديث : ٨

٥) الوسائل الباب. ٤ من أبواب مقدمة العبادات الحديث : ١٢

فان المستفاد من هذه الطائفة ان البلوغ يتحقى بثلاث عشرة سنة وحيث لامرجح بين هذه الطائفة وما يدل على أن البلوغ يحصل بخمس عشرة سنة وحيث لامرجح في احد الطرفين يتساقطان فقبل الخمس عشرة يحكم بعدم تحقق البلوغ بالتقاريب المتقدمة وأما بعدها فلااشكال في تحقق البلوغ فلاحظ الا أن يقال: ان احد الطرفين أحدث فيدخل المقام في باب اشتباه الحجة بغيرها .

ومنهاما يدلعلى تحققه بثمان سنين لاحظ ما رواه حسن بن راشد عن العسكري عليه السلام قال: اذا بلخ الغلام ثمانى سنين فجايز امره في ماله وقد وجب عليه الفرائض والحدود واذا تم للجارية سبع سنين فكذلك (١٠) وهذه الرواية ضعيفة سنداً بضعف اسناد الشيخ الى ابن فضال.

ومنها ما يدل على تحققه بعشر سنين لاحظ ما رواه أبو ايوب قال: سألت اسماعيل بسن جعفر متى تجوز شهادة الغلام ؟ فقال: اذا بلغ عشر سنين قلت: ويجوز أمره ؟ قال: فقال: ان رسول الله صلى الله عليه و آله دخل بعائشة وهى بنت عشر سنين وليس يدخل بالجارية حتى تكون امرأة فاذاكان للغلام عشر سنين جاز أمره وجازت شهادته (٣٤) وهذه الرواية ضعيفة بالعبيدي مضافاً الى أنهاغير مستندة الى المعصوم.

ويمكن الاستدلال على تحققه بعشر سنين بما يدل على جواز عتقه وصدقته ووصيته ووقفه لاحظ ما رواه أبو بصير عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: اذا بلخ الغلام عشر سنين وأوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته واذا كان ابنسبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته (* ٣).

١) الوسائل الباب ١٥ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ٤

٢) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب الشهادات الحديث: ٣

٣) الوسائل الباب ١٤ من الوصايا الحديث: ٢

وتسع في الاثنى^{(١}

وما رواه عدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذابلخ الغلام عشر سنين جازت وصيته (* ١) .

وما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: اذا أتى على الغلام عشرسنين فانه يجوز له في ماله مـــا اعتق او تصدق او اوصى على حدمعروف وحـــق فهو جايز (* ۲) .

وما رواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذابلغ الصبى خمسة اشبار اكلت ذبيحته واذا بلغ عشر سنين جازت وصيته (٣٣) .

وما رواه ابو بصير وابو ايوبعن أبي عبدالله عليه السلامفي الغلام ابنعشر سنين يوصي قال : اذا أصاب موضع الوصية جازت (* ٤) .

وما رواه منصور بن حازم عـن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن وصية الغلام هل تجوز قال : اذا كان ابن عشر سنين جازت وصيته (* ٥) .

فيقع التعارض بين الجانبين ولكن يمكن أن يقال: ان صحة عتقه وصدقته ووقفه اعم من بلوغه مضافاً الى أنه قد صرح في بعض النصوص بعدم بلوغه بعشر سنين لاحظ ما رواه أبو بصير عن ابي عبدالله عليه السلام في غلام صغير لم يدرك ابن عشر سنين زنى بامرأة قال يجلد الغلام دون الحد و تجلد المرأة الحد كاملا قبل: فان كانت محصنة قال: لا ترجم لأن الذي نكحها ليس بمدرك ولو كان مدركا لرجم (*7) فالنتيجة ان البلوغ يتحقق بخمس عشرة سنة والله العالم بحقايق الأشياء.

١)كما هــو المشهور عندهم بل هو الذي استقر عليه المذهب ــ على ما في

١) نفس المصدر الحديث: ٣

٧ و٣ و٤) نفس المصدر الحديث : ٤ و٥ و ٦

٥) نفس المصدر الحديث : ٧

٦) الوسائل الباب ٩ من ابواب حد الزنا الحديث : ١

الجواهر _ ويظهر من الشيخ قدسسره في الخلاف في كتاب الحجرانه اجماعي ويدل على المدعى بعض النصوص منها ما رواه حمران قال سألت اباجعفر عليه السلام قلت له: متى يجب على الغلام أن يؤخذ بالحدود النامة؟ الى أن قال: قلت: فالجارية متى تجب عليها الحدود التامة وتؤخذ بها ويؤخذ لها ؟ قال: ان الجارية ليست مثل الغلام ان الجارية اذاتزوجت ودخل بهاولها تسع سنين ذهب عنها اليتم ودفع اليها مالها وجاز أمرها في الشراء والبيع (*١).

ومنها ما رواه يزيد الكناسي عن ابي جعفر عليه السلام قال الجارية اذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتم وزوجت واقيمت عليها الحدود النامة لها وعليها (**) ومنها ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا بلغ الغلام ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنة و كتبت عليه السيئة وعوقب واذا بلغت الجارية تسع سنين فكذلك وذلك أنها تحيض لتسع سنين (**).

ويمكن الاستدلال على المدعى بالنصوص الدالة على جواز الدخول بالجارية اذا بلغت تسع سنين منها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال اذا تزوجل الرجل الجارية وهي صغيرة فلايدخل بها حتى يأتى لها تسعسنين (*٤).

ومنها ما رواه زرارة عن ابي جعفر عليه السلام قال: لايدخل بالجارية حتى يأتى لها تسع سنين او عشر سنين (* ٥) وغيرهما مما ورد في الباب المشار اليه.

١) الوسائل الباب ٤ من ابواب مقدمة العبادات الحديث : ٧

٧) نفس المصدر الحديث: ٣

٣) الوسائل الباب ٤٤ من احكام الوصايا الحديث : ١٢

٤ وه) الوسائل الباب ٥٤ من ابواب مقدمات النكاح و آدابه الحديث ١ و٧

والثاني باصلاح ماله عند اختباره بحيث يسلم من المغابنات وتقع افعاله على الوجه الملاثم (' ولايزول الحجر مع فقد احدهما(' وان طعن في السن (" ويثبت الرشد في الرجال بشهادة أمثالهم (ا

بتقريب عدم جواز الدخول بغير البالغة كما انه يمكن الاستدلال بمادل على أن الجارية تحيض لتسعسنين منها: ما رواه عبدالرحمن الحجاج قال: قال ابوعبدالله عليه السلام: ثلاث تتزوجن على كل حال التي لم تحض ومثلها لاتحيض قال: قلت: وما حدها قال اذا اتى لها اقل من تسع سنين والتي لم يدخل بها (*١).

ومنها مارواه عبدالرحمن بن الحجاج ايضاً قال: سمعت اباعبدالله عليه السلام يقول ثلاث يتزوجن على كل حال: التى قد يئست من المحيض ومثلها لاتحيض قلت ومتى تكون كذلك ؟ قال: اذا بلغت ستين سنة فقد يئست من المحيض ومثلها لاتحيض والتي لم تحض ومثلها لاتحيض قلت ومتى يكون كذلك ؟ قال: مالم تبلغ تسع سنين فانها لاتحيض ومثلها لاتحيض والتي لم يدخل بها (* ٢) بتقريب ان الحيض لا يتحقق شرعاً قبل البلوغ.

- اذ لااشكال في أنه بهذه الوسيلة يعرف انه رشيد أملا .
- ٢) بلا اشكال اذ قد مران المستفاد من الدليل انه محجور مادام لايكون بالغاً
 ومادام لايكون رشيداً فيلزم في ارتفاع الحجر زوال كلا الأمرين .
 - ٣) اذ السن لايكون ملاكأ للرشد فلا اثر لزيادته .
- ٤) اجماعاً كما في الجو اهر مضافاً الى أن نفو ذشهادة الرجال على طبق القاعدة الأولية .

١) الوسائل الباب ٢ من ابواب العدد الحديث : ٤

٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب العدد الحديث : ٥

كتاب الحجر كتاب الحجر و كذلك بشهادتهن على اشكال (١ الثاني المجنون (٢ الثاني المجنون (٣ الثاني الثاني المجنون (٣ المجنو

١) بلا خلاف كما في الجواهر مضافاً الى أنه على طبق القاعدة .

۲) ادعي عليه الاجماع ولكن صاحب الجواهر قدس سره قال في هذاالمقام «لم أتحققه» والظاهران منشأ الاشكال في عبارة الماتن ان المستفاد من الأدلة والنصوص عدم جواز شهادة النساء الا في موارد خاصة لاحظ ما رواه السكوني عن جعفر عن ابيه عن علي عليه السلام انه كان يقول: شهادة النساء لا تجوز في طلاق ولا نكاح ولا في حدود الا في الديون ومالا يستطيع الرجال النظر اليه (* ١).

ولاحــظ بقية النصوص الواردة في الباب ٢٤ من أبواب الشهادات مــن الوسائل وعليه يشكل نفوذ شهادتهن في مورد لايكون دليل على نفوذها فلاحظ.

٣) قال في الحدائق «ودليل الحجر على المجنون ظاهر من العقل والنقل » انتهى. ويمكن الاستدلال على المدعى بما ورد في الحجر على السفيه بالاولوية فان السفيه اذا كان محجوراً عليه من التصرف فالحجر على المجنون بالاولوية القطعية.

ويمكن الاستدلال على المدعى بالنصوص الدالة على اشتراط العقل في تعلق التكاليف منها ما رواه ابوالجارود عن ابى جعفر عليه السلام قبال : انما يداق الله العباد في الحساب يوم القيمة على قدرما آتاهم من العقول في الدنيا (* ٢).

ومنها ما رواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قــال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : اذا بلغكم عن رجلحسن حال فانظروا في حسن عقله

١) الوسائل الباب ٢٤ من ابواب الشهادات الحديث : ٤٢

٢) الوسائل الباب ٣ من أبواب مقدمة العبادات الحديث ٣

ولايصح تصرف المجنون الا في اوقات افاقته (الثالث السفه ويحجر على السفيه في ماله خاصة على المشهور (^۲

فانما يجازي بعقله (* ١).

ومنها ما رواه هشام قال : قال ابو عبدالله عليه السلام لما خلق الله العقل قال له أقبل فأقبل ثم قال له أدبر فأدبر ثم قال: وعزتى وجلالي ما خلقت خلقاً هو احب الى منك بك آخذ وبك أعطى وعليك اثيب (* ٢).

فان المستفاد من هذه النصوص ان المجنون خارج عن دائرة المقررات الشرعية فلا اعتبار بافعاله وتروكه ولا يترتب على عقده وايفاعه اثر شرعي ويؤيد المدعى ما رواه ابن ظبيان قال أتي عمر بامرأة مجنونة قد زنت فامر برجمهافقال علي عليه السلام: اما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة عن الصبي حتى يحتلموعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ (٣٣).

فان مقتضى اطلاق الرفع ارتفاع الفلم عنه وان شئت قلت : ان المستفاد من مجموع الروايات ان المجنون في نظر الشارع كالحيوانات .

١)كما هو ظاهر اذ زمان افاقته يكون جامعاً للشرائط فما يصدر عنه صحيح
 كالصادر عـن غيره وما يصدر عنـه في زمان جنونه لايصح لفقدان شرط الصحة
 فلاحظ .

٢) قال في الجواهر: «وكيف كان فلو باع والحال هذه اي غير رشيد لسم يمعه ولا شرائه ولا غير ذلك من عقوده ومعاملاته اذا حجر عليه الحاكم أو مطلقاً على الخلاف وكما لو وهب او اقر بمال والضابط: المنع من التصرفات

١) نفس المصدر الحديث: ٥

٧) نفس المصدر الحديث : ٦

٣) الوسائل الباب } من أبواب مقدمة العبادات الحديث : ١١

كتاب الحجر _____

الرابع الملك: فلاينعقد تصرفالمملوك بدون اذن مولاه ⁽¹ولوملكه مولاه شيئاً ملكه على الاصح وكذا غيره اذا كان باذن المولى⁽¹

المالية بلا خلاف اجده فيه بل يمكن تحصيل الاجماع عليه بل عن مجمع البرهان دعواه وهو الحجة » الخ (* ١).

ويدل على المدعى الكتاب والسنة كما مرتقريب الاستدلال بهما في اشتر اط الرشد في صحة المعاملة فراجع وعلى الجملة المستفاد من الدليل ان غير الرشيد ممنوع من النصرف المالى وأما حجره على الاطلاق فلا دليل معتبر عليه ظاهراً.

١) قال في الجواهر: « لا يجوز للمملوك فضلا عن غيره ان يتصرف في نفسه باجارة ولا استدانة ولا غير ذلك من العقود ولا بما في يده ببيع ولا هبة الاباذن سيده ولو حكم له بملكه » (* ٢).

۲) لاحظ ما رواه عمر بن يزيد قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أراد أن يعتق مملوكاً له وقد كان مولاه يأخذ منه ضريبة فرضها عليه في كل سنة ورضى بذلك المولى فاصاب المملوك في تجارته مالا سوى ما كان يعطى مولاه من الضريبة فقال: اذا ادى الى سيده ما كان فرض عليه فما اكتسب بعد الفريضة فهو للمملوك (٣٣)

ولا حظ حديث اسحاق بن عمار قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ماتقول في رجل يهب لعبده ألف درهم او اقل او اكثر فيقول حللني من ضربي اياك ومن كل ما كان مني اليك وممااخفتك وارهبتك فيحلله ويجعله في حل رغبة فيمااخطاه ثم ان المولى بعد اصاب الدراهم التي كان أعطاها في موضع قد وضعها فيهالعبد فأخذها المولى احلال هي له ؟ قال: فقال: لاتحل له لانه افتدى بهانفسه من العبد

١) الجواهر ج ٢٦ ص : ٥٦

٢) الجواهرج ٢٥ ص: ٦٩

٣) تهذيب الاحكام ج ٨ ص ٢٧٤ حديث : ٤٠

مخافة العقوبة والقصاص يوم القيامة (* ١).

فان المستفاد من الحديثين ان العبد يملك وحيث ان المسئلة خارجة عن محل الابتلاء نقتصر من البحث فيها على هذا المقدار والله ولى التوفيق وعليه النكلان.

 ١) تحقق الحجربه يحتاج الى دليل وبعبارة اخرى يكون تصرف المالك في ماله نافذاً شرعاً الا أن يفوم دليل على المنع وحيث انه لادليل عليه بدون الشروط المذكورة يتوقف تحققه عليها .

۲) لأصالة بقاء سلطنته على ماله و بتعبير آخر عدم تحقق الحجر يكون على مقتضى القاعدة الأولية وجواز التصرف و نفوذه قبل تحققه على القاعدة مضافأالى أنه مادام لايثبت كونه مديوناً عند الحاكم لايقدر الحاكم على حجره كما هوظاهر

٣) اذ مع عدم الحلول لايستحق الديان المطالبة ولعل الله يحدث بعد ذلك امراً وبعبارة واضحة لادليل على جواز الحجر عليه فلا يجوز فان الجواز يحتاج الى الدليل وعدم الجواز على طبق القاعدة .

3) قال في الجواهر : « فان لم تكن قاصرة فلاحجر عليه اجماعاً محكياً في جامع المقاصد والمسالك وظاهر التذكرة بل طالبه ارباب الدين فان قضى والا رفعوا امرهم الى الحاكم فيحبسه الى أن يقضى اويبيع عليه ويقضى عنه لأنه ولي الممتنع » (4) الى آخر كلامه رفع في علو مقامه .

ه) اذ الحق لهم فلا يحجر عليه مع عدم التماسهم ذلك فانه لادليل على تحقق الحجر في غيرهذه الصورة وصفوة القول: ان الحجر على خلاف الاصول والقواعد

١) تهذيب الاحكام ج ٨ ص ٢٢٥ حديث: ١٤

٢) الجواهر ج ٢٥ ص: ٢٧٩

واذا حجر عليه الحاكم بطل تصرفه في ماله مع عدم اجازة الديان مادام الحجر باقياً (١ فلواقترض بعده اواشترى في الذمة لم يشارك المقرض والبايع الغرماء(٢

فلا يتحقق الا في مورد اليقين .

لكن المستفاد من النص لايكون كذلك لاحظ ما رواه غياث بن ابراهيم عن جعفر عن ابيه ان علياً عليه السلام كان يفلس الرجل اذا التوى على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص فان ابى باعه فقسم بينهم يعني ماله (* ١) . فـان المستفاد من هذه الرواية ان شرط جواز الحجروالتفليس التواء الرجل على غرمائه فلابد من تحقق اجماع على المنع كى يمنع عن الأخذ باطلاق الدليل والله العالم

 ١) مـا يمكن أن يذكر في تقريب الاستدلال على المدعى وجهان: الوجه الأول الاجماع. الوجه الثاني: حديث غياث وعمار عن أبي عبدالله عليه السلام مثله الا أنه قال: يحبس الرجل (* ٢).

فانه يستفاد من هذا الحديث انه بعد الحجر لايمكنه التصرف في ماله وانه لمعزول عنه مضافاً الى أن الاستدلال على جواز الحجر يثبت كونه محجوراً اذ لو لم يحجر لم تكن فائدة في الحجر عليه ومع اجازة الديان يجوز تصرفه اذالمنع من ناحيتهم فيجوز باذنهم .

۲) لعدم دليل على المشاركة وان شئت قلت: انه بالحجر عليه اختص ماله بالغرماء ومشاركة الغير معهم تحتاج الى شركة جديدة ولا دليل عليها مضافاً الى دعوى الاتفاق على عدم المشاركة في صورة علم المقرض أو البايع باعساره نعم في صورة الجهل بالحال لايبعد الالتزام بالخيار بتقريب انه مقتضى الاشتراط

١) الوسائل الباب ٦ من ابواب الحجر الحديث : ١

٢) نفس المصدر وذيل الحديث

الارتكازي الضمني فلاحظ.

١) لعدم دليل على المشاركة ومقتضى الأصل عدمها والظاهر انه لانص في المقام يقتضي الشركة الجديدة وأما كون الضمان بالاتلاف بغير رضا صاحب المال لايقتضى المشاركة مع الغرماءكما هو ظاهر.

لا والوجه فيه ان الأقرار نافذ عليه وأما بالنسبة الى غيره فلادليل على نفوذه فلا يكون موجباً لمشاركة المقر له مع الغرماء . ان قلت قمد اشتهر فيما بينهم ان مثبتات الامارات حجة فنفوذ الأقرار يستلزم ترتيب لوازمه فتلزم المشاركة .

قلت ام يرد دليل يدل على هذه الكلية بل الالتزام بترتب اللوازم يتوقف على أمرين أحدهما: دلالة الامارة على اللازم ثانيهما: قيام دليل على حجيتها على الاطلاق فلو انتفى احد الأمرين لايتم الآمر مثلا اذا أخبر الثقة ببقاء زيد في قيد الحياة فقد أخبر باللوازم المترتبة على الحياة فاذا قام الدليل على حجية قوله على الاطلاق يثبت باخباره جميع اللوازم وأما في المقام فلا دليل على اعتبار قول المقر الابالمقدار الذي يكون اقراراً على نفسه وأما بالنسبة الى الغير فلا دليل على اعتبار اقراره .

- الكلام فيه هـو الكلام اي لادليل على اعتبار قوله بلحاظ تحقق الضرر
 بالنسبة الى الغرماء .
- ٤) اذ لاوجه لسقوط هذا الحق فانه يحجر عن التصرف في امواله واسقاط الخيار لابكون تصرفاً في ماله فلا وجه لسقوط هذا الحق كما انه لاوجه لكونه محجوراً عليه عن اعماله .
- ه) ادعى في الجواهر عدم وجدان الخلاف في جوازه والذي يخطر بالبال

ومن وجدعين ماله كان له اخذها (ادون نمائها المنفصل أأما المتصل فان كان كالطول والسمن وبلوغ الثمرة و نحوهما ممالا يصح للانفصال تبعها (الوما يصح لذلك كالصوف والثمرة و نحوهما ففيه اشكال والاظهر عدم التبعية الم

في هذه العجالة انه ان تسم اجماع تعبدي على الجواز فهو والا يشكل الالتزام بالجواز لآن الفسخ وان كان تصرفاً في العقد لكن لااشكال في أنه تصرف في المال ولو بالواسطة والمفروض كونه محجوراً عليه عن التصرفات المالية وما ذكر في المقام من أنه ليس تصرفاً ابتدائياً بل هو اثر امر ثابت قبل الحجر غير تام لأن المفلس بعد الحجر ممنوع عن التصرف في المال فما افاده في المتن من الاشكال متين .

١)كما هو المعروف بين الأصحاب ـ على ما في بعض الكلمات ـ ويدل على المدعى ما رواه عمر بن يزيد عن أبي الحسن عليه السلام قال سألته عن الرجل يركبه الدين فيوجد متاع رجل عنده بعينه قال لايحاصه الغرماء (* ١).

۲) لعدم المقتضي اذ المفروض ان النماء تابع للأصل والمفروض ان النماء
 وجد في ملك المديون والمستفاد من حديث عمر بن يزيد ان العين التي كانت
 للغير تختص به وأما نمائه المنفصل فلا دليل عليه .

۳) فان مالا یکون قابلا للانفصال تابع للعین اذ المفروض ان العین تختص بمالکهاالسابق والمفروض أیضاً عدم امکان الانفصال و یمکن الاستدلال على المدعى باطلاق حدیث عمر بن یزید .

٤) استدل على عدم التبعية بوجوه: الوجه الأول: ان اخذ العين خارج عن
 الأصل والقاعدة فيقتصر فيه على مقدار اليقين وهو اصل المتاع لانمائه.

١) الوسائل الباب ٥ من أبواب الحجر الحديث: ٢

ولوخلطها بجنسها فله عين ماله مطلقاً وانكان بالاجود (' وكذا لو خلطها بغير جنسها (امالم تعد من التالف (اولا اختصاص في مال الميت مع قصور التركة (ع

الوجه الثاني : ان اخذه للزيادة ضرر على الغرماء وهو منفي .

الوجه الثالث : ان الزيادة مملوكة للمفلس فلا تخرج عنه مجاناً .

الوجه الرابع: انها ليست عين مال الغير فلا مقتضي لرجوعها اليه. والذي يخطر ببالي القاصران المستفاد من حديث عمر بن يزيدان الغرماء لا يحاصوه في ماله ولا يدل الحديث على رجوع العين الى ملك مالكها السابق كما انه لايدل على الخيار بل المستفاد من الحديث ان له اخذ حقه من العين الباقية عند المفلس وعليه لاوجه للتبعية لافي النماء المتصل ولا في النماء المنفصل بل له اخذ حقه من العين فقط.

ولكن الانصاف انه لايبعد شمول الدليل للعين مع الزيادة المتصلة نعم في الزيادة المتصلة القابلة للانفصال يشكل الالتزام بالصدق فسلا يبعد ان ما اختاره الماتن هوالصحيح.

- 1) بتقريب أن المأخوذ في الدليل وجود مناع الرجل بعينه واطلاقه يقتضي شمول الدليل هذه الفروض ولا يبعد الشمول لصدق العنوان المأخوذ في الموضوع. 2) بعين التقريب .
- ٣)كما هو ظاهر فانه معصدق النلف لايصدق الموضوع المأخوذ فيالدليل
- ٤) لاحظ ما رواه أبو ولاد قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل باع من رجل متاعه ألى سنة فمات المشتري قبل أن يحل مالــه واصاب البائع متاعه بعينه أله أن يأخذه اذا حقق له ؟ قــال: فقال ان كان عليه دين وترك نحواً مما عليه فليأخذ ان حقق له ، فان ذلك حلالله ولولم يترك نحومن دينه فان صاحب المتاع

ويخرج الحب والبيض بالزرع والاستفراخ عن الاختصاص (وللشفيع أخذ الشقص (ويضرب البايع مع الغرماء "واذا كان في التركة عبن زكوية قدمت الزكاة على الديون وكذلك الخمس واذا كانافي ذمة الميت كاناكساير الديون مسائل: الاولى: لوافلس بثمن ام الولد بيعت (أو أخذها البايع بعد موت الولد "و أماقبله ففيه اشكال والجواز

كواحد ممن له عليه شيء يأخذ بحصته ولاسبيل له على المتاع (*١) فان التفصيل المذكور في المتن يستفاد من الحديث فلاحظ.

- ١) لعدمصدق العنوان المأخوذ في الدليل وبعبارة اخرى ليس المتاع الموجود
 عين ذلك المتاع السابق و العرف ببابك .
- ٢) بلا خلاف كما في الجواهر واستدل على المدعى في الجواهر بقوة حق الشفعة فان ثبتت قوة حق الشفعة بحيث تقدم على بقية الحقوق بالاجماع والتسالم القطعي فهو والا فيشكل الجزم بها والله العالم .
 - ٣) اذ المفروض انه من الغرماء.
- ٤) اذ المفروض ان العين متعلق حق الفقراء والسادة والامام فلا مجال لتعلق
 حق الغرماء بها .
- ه)كما هو ظاهر اذ المفروض ان الدين في الذمة فالغرماء على السواء
 فلاحظ .
 - ٣) لجواز بيعها في ثمن رقبتهاكما قرر في محله .
- (۲) فانه مع فرض موت الولد لامانح من انتقالها والمفروض انها عين متاع البايع فعلى القول بأن البايع أحق بمتاعه بمقتضى حديث عمر بن يزيد (* ۲)

١) تهذيب الاحكام ج ٦ ص ١٩٣ حديث ٤٦

٢) لاحظ ص: ٢٣٩

اظهر (١ الثانية : لا يحل مطالبة المعسر (٢

فله اخذها بناءًا على أن المستفاد من الدليل جواز الأخذ .

١) قال في الجواهر: «ولواولد الجارية ثم فلس جازلصاحبها انتزاعهاوبيعها فيه وفي غيره لصدق وجدان عين المال فسلط على الفسخ والاستيلاد غير مانع بعد ان لو طالب بثمنها ولم يفسخ جاز بيعها في ثمن رقبتها فأخذها حينئذ بمنزلته » الخ (* ١).

۲) يمكن الاستدلال على المدعى بقوله تعالى «وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة » (* ۲) فان المستفاد من الاية الشريفة انه يجب النظرة الى الميسرة كما ان المستفاد من حديث غياث كذلك فروى عن جعفر عن ابيه ان علياً عليه السلام كان يحبس في الدين فاذا تبين له حاجة وافلاس خلى سبيله حتى يستفيد مالا(*۳)

فان المستفاد من الحديث انه منع تحقق اعسار يخلى سبيل المديون حتى يستفيد. وتؤيد المدعى ان لم تدل عليه جملة من النصوص منها منا رواه عبدالله بن سنان قال: قال النبى صلى الله عليه وآله: ألف درهم أقرضها مرتين احب الي من أن اتصدق بها مرة وكما لايحل لغريمك ان يمطلك وهنو مؤسر فكذلك لايحل لك أن تعسره اذا علمت انه معسر (* ٤).

ومنهاما رواه معاوية بن عمار قال : سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : مـن أراد ان يظله الله في ظل عرشه يوم لاظل الا

١) الجواهرج ٢٥ ص : ٣٢٠

٢) البقرة / ٢٨٠

٣) الوسائل الباب ٧ من كتاب الحجر الحديث : ١

٤) الوسائل الباب ٢٥ من أبواب الدين الحديث : ٢

كتاب الحجر كتاب الحجر ولا الم يكن من عادته وكان عسراً عليه (١ ولابيع دارسكناه اللائقة بحاله ولاعبد خدمته (١

ظله فلينظر معسراً أو ليدع له من حقه (* ١).

ومنها ما رواه ابو الجارود عن أبى جعفر عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله : من سره أن يقيه الله من نفخات جهنم فلينظر معسراً أو ليدع له من حقه (* ٢) وغيرها من الروايات الواردة في الباب المشار اليه فان المستفا دمن هذه النصوص مطلوبية انظار المعسر والنهى عن اعساره فلاحظ.

1) فان الزام الغير على خلاف القاعدة الأولية بل على خلاف المستفاد مسن الكتاب والسنة بـل الواجب الأنظار حتى يستفيد ولا ادري ما الوجه فـي تقييد الماتن عـدم الجواز بالقيد المذكور ؟ فان مقتضى القاعدة عدم الجواز ولو مع عدم العسر الا أن يقال: انه يجب عليه اداء دينه فتجب مقدمته فاذا كان التكسب ممكناً مع عدم العسر وعدم المهانة في حقه يجب عليه الكسب لاداء دينه بل يستفاد المدعى من حديث غياث بتقريب ان (حتى) الواردة في الرواية تعليلية اى يخلى سبيله لاجل أن يستفيد ويؤيد المدعى انه ذهب جماعة الى وجوب الكسب (٣٣) فعن المسالك: « انه لو قيل بوجوب ما يليق بحاله كان حسناً وعن السرائر ان من كان عليه دين وجب عليه السعي في قضائه وعن القواعد ويجب على المديون السعي في قضاء الدين ونحوهماعن النهاية » وفي الجواهر «فالقول حين ثلا بوجوب السعي غي قضاء الدين بتكسب وغيره لا يخلو عن قوة » .

٧) فـان الدار والخادم اللائقان بالحال مــن مستثنيات الدين ولا يجب على

١) نفس المصدر الحديث : ٤

٢) نفس المصدر الحديث: ٥

٣) الجواهرج ٢٥ ص: ٣٢٦ ـ ٣٢٧

المديون بيع مثلهما .

١) لا يبعد أن يكون المراد من العبارة الأمتعة المحتاج اليها اللائفة بحاله كدابته
 مثلا والا فلاادري ما الوجه في عدم الوجوب فلاحظ.

٢) قال في الحداثة: «المشهورانه لاتحل الديون المؤجلة عليه بالحجر وانما
 تحل بالموت كما تقدم في كتاب الدين ونقل عن ابن الجنيد أنها تحل » انتهى
 كلامه (* ١) ومقتضى القاعدة الأولية عدم الحلول لعدم الدليل عليه .

٣) بلا خلاف وبلا اشكال _ كما في الجواهر _ وتدل على المدعى جملة من النصوص منها ما رواه ابو بصير قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: اذا مات الرجل حل ماله وما عليه من الدين (* ٢).

ومنها مـا رواه السكوني عن جعفر عــن ابيه عليهما السلام أنه قال : اذا كان على الرجل دين الى اجل ومات الرجل حل الدين (*٣).

ومنها مرسل الصدوق قال: وقال الصادق عليه السلام: اذا مات الميت حلماله وما عليه (* ٤) .

٤) لعدم الدليل عليه وأما حديث أبي بصير فضعيف سنداومثله في الضعف
 مرسل الصدوق المتقدم .

ه) بلا خلاف اجده _ كما في الجواهر _ والظاهر ان المدرك للحكم عـدم
 الخلاف والتسالم ويؤيد المدعى ما رواه علي بن اسماعيل عـن رجل من اهل

١) الحداثق ج ٢٠ ص ٣٩١

٢ و٣ و٤) الوسائل الباب ١٢ من أبواب الدين الحديث : ١ و٣ و٠

ولومات قدم الكفن وغيره من واجبات التجهيز ١٠

الشام أنه سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن رجل عليه دين قد فدحه وهو يخالط الناس وهويؤتمن يسعه شراء الفضول من الطعام والشراب فهل يحل له أم Y وهل يحل أن يتطلع من الطعام أم Y يحل له الا قدر ما يمسك به نفسه ويبلغه قال: Y وهل يما أكل Y .

۱) وفي الجواهر _ في شرح قول المحقق _ : ولو مات قدم كفنه على حقوق الغرماء ويقتصر على الواجب منه ، قال : «بلاخلاف اجده » (* γ) واستدل على المدعى بجملة من النصوص منها ما رواه زرارة قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل مات وعليه دين بقدر كفنه قال : يكفن بما ترك الا أن يتجر عليه انسان فيكفنه ويقضى بما ترك دينه (* γ).

وفيه انه لم يفرض في الحديث تعلق حق الغرماء بما ترك الميت ولا يبعد أن يكون المستفاد منه بحسب الفهم العرفي حكم ما تركه الميت لو خلي وطبعه فلا يشمل صورة تعلق حق الغرماء بالمال بواسطة الحجر.

ومنها ما رواه اسماعيل بن أبى زياد عن جعفر عن ابيه عليهما السلام قال:قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ان اول ما يبدأبه من المال الكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث (* ٤).

والكلام فيه هو الكلام مضافاً الــيكون محمد بن عيسى في السند ولهذا الحديث سندآخر وهمو عن محمد بن يعقوب عـن على بن ابراهيم عن ابيه عن

١) الوسائل الباب ٢٧ من أبواب الدين الحديث: ١

٢) الجواهر ج ٢٥ ص: ٣٤٢

٣) الوسائل الباب ١٣ من ابزاب الدين الحديث: ١

٤) نفس المصدر الحديث: ٢

النوفلي عن السكوني (*١) والسند مخدوش ايضاً .

ومنها ما رواه ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الكفن من جميع المال (* ۲) ومنها ما رواه زرارة قال: سألته عن رجلمات وعليه دين بقدر ثمن كفنه قال يجعل ما ترك في ثمن كفنه الا أن يتجرعليه بعض الناس فيكفنوه ويقضى ما عليه مما ترك (* ۳) والكلام فيهما هو الكلام فلابد من اتمام الأمر بالاجماع والتسالم.

١) كما هو المستفاد من حديث غياث بن ابراهيم عن جعفر عن أبيه ان علياً عليه السلام كان يفلس الرجل اذ التوى على غرمائه ثم يأمر به فيقسم ماله بينهم بالحصص فان أبى باعه فقسم بينهم يعنى ماله (* ٤).

٢) قال في الجواهر: « اذا قسم الحاكم مال المفلس على غرمائه ثـم ظهر غريم لم يكن يعلم به وليس له عين مال قد اختار الفسخ فيها نقضها بلهى انتقضت في نفسها وشاركهم الغريم » الى أن قـال « لعدم صدق القسمة التي كان يأمر بها أمير المؤمنين عليه السلام » الخ (* ٥).

وصفوة القول: ان القسمة وقعت في غير محلها اذ المفروض عدم انحصار الغرماء فيهم بل أزيد فلابد من تجديد القسمة وعلى الجملة: القسمة المستفادة من كلامه عليه السلام في حديث غياث لم تنطبق على المورد فلابد من تجديدها.

١) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب الوصية الحديث : ١

٢ و٣) الوسائل الباب ٢٧ من ابواب الوصية الحديث : ١ و٧

٤) الوسائل الباب ٦ من أبواب الحجر الحديث : ١

٥) الجواهر ج ٢٥ ص: ٣٤٦

بالاداء (السادسة: الولاية في مال الطفل والمجنون والسفيه اذا بلغا كذلك للاب والجدله فان فقدا فللوصي اذا كان وصيا في ذلك فان فقد فللحاكم وفي مال السفيه والمجنون اللذين عرض عليهما السفه والجنون بعد البلوغ والمفلس للحاكم خاصة (⁷

كتاب الضمان

الضمان هو نقل المال عن ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن للمضمون له^٣.

الإلامركذلك ولو مع عدم الفسمة وعدم الآداء اذ حجره بالنسبة الى امواله لامطلقا وعليه لامجال لهذا الكلام اذ قبل القسمة والآداء لااشكال في حجره عن التصرف في امواله التي حجر عليها وأما بعد القسمة فلا موضوع للمال كى يقال بزوال الحجر وأما بالنسبة الى ما حجر عليه فلا مقتضي للحجر عنه فلاحظ لا تعرضنا لولاية الآب والجد والحاكم تبعاً للماتن في كتاب اليبعونخبة الكلام: ان الآب والجد والوصي لهما لهم الولاية بالنسبة الى الصغير والمجنون والسفيه اللذين بلغا كذلك وأما المجنون والسفيه اللذان عرض الجنون أو السفه بعد البلوغ فولايتهما للحاكم بتقريب أنه لادليل على ولاية الآب والجد عليهما فوليهما الولي العام وهو الحاكم ، وكذلك الكلام بالنسبة الى المفلس هذا تمام الكلام في هذا المقام والحمدللة اولاو آخر أقد وقع الفراغ عن مسائل كتاب الحجر في يوم الأربعاء الثاني والعشرين من شهر رجب من السنة ١٤٠٩ على مهاجرها في يوم الأربعاء الثاني والعشرين من شهر رجب من السنة ١٤٠٩ على مهاجرها الدين .

٣) هذا مذهب الامامية في الضمان فانسه بهذا المعنى مأخوذ من الضمن لأنه

(مسألة ١): يعتبر في الضمان الايجاب من الضامن والقبول من المضمون له بكل ما يدل على تعهد الاول بالدين ورضا الثاني هذاك (١.

(مسألة ٢): الاحوط اعتبار التنجيز في عقد الضمان فالتعليق لايخلو عن أشكال (٢ نعم لايبعد صحة الضمان اذا كان تعهد الضامن للدين فعلياً ولكن على أداء المضمون عنه فعندئذ

ينتقل ما كان في ذمة الضامن ويجعل في ذمة اخرى و أما مانسب الى اكثر العامة فهو عبارة عن ضم ذمة الى اخرى ولذا يتخير المضمون له في المطالبة فالضمان بهذا المعنى بمعنى الضم مأخوذ منه وهو عقد شرع للتعهد بالمال .

1) فان المفروض انه عقد والعقد يجتاج السى الايجاب والقبول ومن ناحية احرى التعهد من الضامن فالايجاب من قبله والقبول من طرف المضمون له وحيث انه يتحقق بالفعل كما يتحقق باللفظ فلا يتوقف على تحققه باللفظ فقط بسل لافرق بين القول والفعل من هذه الجهة.

و أن شئت قلت: أن الضمان أمر عقلائي وقد أمضاه الشارعولم يقيد باللفظ فيكفي فيه الفعل مضافاً السي أنه يمكن الاستدلال على المدعى باطلاق نصوص الباب .

٢) بتقزيب ان الاجماع قائم على بطلان التعليق في العقود مع ما فيه من الاشكال ويمكن تقريب الاستدلال على المدعى في المقام بالقصور في المقتضي اذ مع عدم الدليل على الضمان المعلق لايجوز التعليق والظاهر انه لادليل على جوازه معلقاً لعدم اطلاق يقتضى صحته فلاحظ.

كتاب الضمان _____

للدائن أن يطالب الضامن على تقدير عدم اداء المدين ١٠٠.

(مسألة ٣): يعتبر في الضمامن والمضمون له البلوغ والعقل والاختيار وعدم السفه والتفليس^{(٢}

1) ان تم المدعى بالاجماع فهو والا فيشكل اذ مع التعهد بالفعل بالضمان فبأي وجه يؤخر الأداء فان شرط ان له حق التأخير الى ذلك الزمان يكون شرطأ مخالفاً للمقرر الشرعي فلايصح وان شرط انمضمون له لايطالب الاذلك الوقت يصح ويجب عليه أن يؤخر الطلب لكن لو عصى وطالب فبأي مستند يؤخرو لعله ناظر الى وجه لم يخطر ببالي القاصر الا أن يقال: ان السيرة جارية على النحو المذكور والشارع الاقدس امضى السيرة الجارية الخارجية والله العالم.

 γ) كماهو ظاهر فان التصرف المالي يتوقف على جواز التصرف وعدم الحجر عنه فعلى هذا الأساس لابد من البلوغ والعقل وعدم السفه وأما اشتراط الاختيار فلأن الصادر من المكره لاأثر له على ما هو المقرر وأما اشتراط عدم التفليس ففيه انه يظهر من الجواهر « انه لاخلاف عندنا في أنه يشترط في لزوم الضمان الملائة أو العلم من المضمون له بالأعسار والرضا به » (* γ) ويؤيد المدعى ما أرسله الصدوق قال: قال روى أنه احتضر عبدالله بن الحسن فاجتمع اليه غرماؤه فطالبوه بدين لهم فقال لهم: ما عندي ما اعطيكم ولكن ارضوا بمن شئتم من أخي وبني عمي بدين لهم فقال لهم: ما عندي ما اعطيكم ولكن ارضوا بمن شئتم من أخي وبني عمي علي بن الحسين أو عبدالله بن جعفر فقال الغرماء أما عبدالله بن جعفر فملي مطول وأما علي بن الحسين فرجل لامال له صدوق وهو احبهما الينا فارسل اليه فأخبره الخبر علي المال المن غلة ولم يكن له غلة فقال القوم قدر ضينا فضمنه فلما أتت الغلة أتاح الله تعالى له المال فأداه (* γ).

١) الجواهرج ٢٦ ص: ١٢٨

٢) الوسائل الباب ٥ من أحكام الضمان الحديث ١

وأما في المديون فلايعتبر شيىء من ذلك فلوضمن شخص مــا على المجنون أوالصغير من الدين صح^{(۱}

1) والوجه فيه انه لا يشترط في صحة الضمان رضا المضمون عنه على ماهو المعروف عندهم ونقلعن الجواهر الاجماع بقسميه عليه ويدل على المدعى مادل من النصوص على الضمان عن الميت منها مارواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل يموت وعليه دين فبضمنه ضامن للغرماء فقال: اذا رضى به الغرماء فقد برئت ذمة الميت (* ١) .

ومنها ما رواه معاوية بن وهب قال قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ذكر لناان رجلا من الأنصار مات وعليه ديناران فلم يصل عليه النبي صلى الله عليه وآله وقال: صلوا على صاحبكم حتى ضمنها بعض قرابته، فقال أبو عبدالله عليه السلام: ذلك الحق الحديث (* ٢).

ومنها ما رواه الحسين بن مخارق عن الصادق عن آبائه عليهم السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه و آله: من ضمن لأخيه حاجة لم ينظر الله عزوجل في حاجته حتى يقضيها (٣*) .

بتقريب ان الميت لايكون قابلا لأن يرضى فيعلم انه يكفي في الصحة رضا الضامن والمضمون له فنقول أما رضا الضامن والمضمون له فنقول أما رضا الضامن فهومن الواضحات اذكيف يمكن اشتغال ذمته للغير بدون اختياره ورضاه وأما اشتراط رضا المضمون له في الضمان فيمكن أن يستدل عليه بوجوه :

الأول: الأجماع بل نقل عن بعض الأصحاب انه من قطعيات الفقه.

١) الوسائل الباب ٢ من أحكام الضمان الحديث: ١

٢) نفس المصدر الحديث: ٢

٣) نفس المصدر الحديث: ٣

الثاني: ان الضمان من العقود ومن الظاهر توقف العقد على الايجاب مـن طرف والقبول من الطرف الاخر .

الثالث: النص الخاص لاحظ حديث ابن سنان (* ١).

وربما يقال بعدم الاشتراط وما يمكن أن يستدل به على المدعى عدة نصوص منها ما روى من أن علياً عليه السلام وأبا قتاده ضمنا الدين عن الميت ولم يسئل النبي صلى الله عليه وآله عن رضى المضمون له لاحظ ما رواه ابو سعيدالخدري قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وآله في جنازة فلما وضعت قال : هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا: نعم درهمان فقال صلى الله عليه وآله صلوا على صاحبكم فقال على عليه السلام هما على يا رسول الله وأنا لهما ضامن فقام رسول الله عن الاسلام الله عليه وآله فقال: جزاك الله عن الاسلام خيراً وفك رهانك كما فككت رهان اخيك (* ٢).

وما رواه جابر بن عبدالله أن النبي صلى الله عليه و آله كان لايصلي على رجل عليه دين فأتي بجنازة فقال: على صاحبكم دين ؟ قالوا نعم ديناران فقال: صلوا على صاحبكم فقال ابسو قتاده: هما علي يا رسول الله قال فصلى عليه قال: فلما فتح الله على رسوله قال: أنا أولى بالمؤمنين من انفسهم فمن ترك مالا فلورثته ومن ترك ديناً فعلي (* ٣).

وفيه ان السند غير معتبر فلا تصل النوبة الى ملاحظة الدلالة ومنها ما رواه ابن جهم قال سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل مات وله علي دين وخلف ولما لا ونساءاً وصبياناً فجاء رجل منهم فقال: أنت في حل مما لابي عليك

١) لاحظ ص: ٢٥٠

٢) المستدرك الباب ٣ من أبواب الضمان الحديث : ٣

٣) نفس المصدر الحديث: ٤

من حصتى وأنت في حل مما لآخوتي وأخواتي وأنـا ضامن لرضاهم عنك قال : يكون في سعة من ذلك وحل (* ١) .

والظاهر من الحديث تحقق الأبراء بابراء الضامن وهـذا مخالف للاجماع ومن ناحية اخرى انه ضمن رضاهم وهذاليس من الضمان المصطلح و تأويله بالضمان المصطلح بدون رضاهم ليس بأولى من ضمانه برضاهم ولكن لابينة له على ذلك وبعبارة اخرى يمكن أن يكون ضمانه باجازتهم ورضاهم ولكن لايمكنه اثبات دعواه على ذلك والحاصل ان ظاهر الرواية ليس قابلا للالتزام به فلابد من تأويله فيمكن تأويله بنحو ينطبق على المدعى .

ومنها ما رواه الخثعميعن أبي عبدالله عليه السلام قال قلت له: الرجل يكون عنده المال وديعة يأخذ منه بغير اذن فقال: لايأخذ الا أن يكون له وفاء قال: قلت أرأيت ان وجد من يضمنه ولم يكن له وفاء وأشهد على نفسه الذي يضمنه يأخذ منه ؟ قال نعم (* ٢).

وهذه الرواية بظاهرها تدل على جواز الأخذ من مال الوديعة بدون اذن من ما صاحبها وهل يمكن الالتزام به مضافاً الى أن الضمان كما مر عبارة عن النقل من ذمة الى ذمة والمستفاد من الحديث تعهد الضامن اول الامرفلا ترتبط بالمقاموقال صاحب الجواهر قدس سره: « انها تحمل على صورة اذن المودع بالاخذ في الصورة المفروضة » (* ٣).

ومنها ما رواه اسحاق بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يكون

١) الوسائل الباب ٤ من ابواب احكام الضمان الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ٨ من أحكام الوديعة الحديث : ١

٣) الجواهر ج ٢٦ ص : ١٢٦

كتاب الضمان _____كتاب الضمان _____

عليه دين فحضره الموت فقالوليه : على دينك قال: يبرؤه ذلك وان لم يوفه وليه من بعده وقال : ارجو أن لايأثم وانما اثمه على الذي يحبسه (%1) .

بتقريب ان المستفاد من الحديث تحقق الضمان بلا رضا المضمون له ولا يبعد أن يقال: ان الحديث مطلق ويقيد بمادل على اشتراط الضمان برضا المضمون له وان لم يكن قابلا للتقييد يرد علمه الى اهله.

وصفوة القول: انسه لايمكن الالتزام بعدم اشتراط رضا المضمون له قال في الجواهر في هذاالمقام: « فمن الغريب وسوسة بعض متأخر المتأخرين في الحكم المزبور لذلك مماهو غيرصالح لمعارضة بعض ماعرفت خصوصاً بعدكون المسألة مسن قطعيات الفقه وضرورياته بـل لعل الوسوسة فيها جهل بمذاق الفن ومذاق الشرع» (* ٢).

- ١) لاحترام عمـل المسلم وان شئـت قلت : لااشكال في الضمان فيما يكون
 الضمان بطلب المضمون عنه .
- ۲) لعدم المقتضي للرجوع وأما حديث حسين بن خالد قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: جعلت فداك قول الناس الضامن غارم قال: فقال: ليس على الضامن غرم الغرم على من أكل المال (* ٣) فعلى فرض دلالته على جواز الرجوع ولو مع عدم الطلب يقيد بالاتفاق على عدم جواز الرجوع بدون الطلب مضافاً الى ان السند مخدوش.

١) الوسائل الباب ١٤ من ابواب الدين الحديث : ٢

٢) الجواهر ج ٢٦ ص: ١٢٦

٣) الوسائل الباب ١ من ابواب احكام الضمان الحديث: ١

(مسألة ٥): اذا أبرأ المضمون له ذمة الضامن عن تمام الدين برئت ذمته (اولايجوزله الرجوع الى المضمون عنه (اواذا ابرأ ذمته عن بعضه برئت عنه ولايرجع الى المضمون عنه بذلك المقدار الوال واذا صالح المضمون له الضامن بالمقدار الاقل فليس للضامن مطالبة المضمون عنه الابذلك المقدار دون الزائد وكذا الحال لوضمن الدين بمقدار اقل من الدين برضا المضمون له والضابط ان الضامن

بقى شيء وهو ان المستفاد من كلامهم ان الضامن ليس له الرجوع الى المضمون عنه الابعد الآداء ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه عمر بن يزيد قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل ضمن عن رجل ضماناً ثم صالح عليه قال: ليس له الا الذي صالح عليه (* ١) ، فان المستفاد من الحديث انه يجوز الرجوع بالمقدار الذي صالح عليه لكن لايستفادمن الحديثانه لايحصل الاشتغال الا بالأداء بل المستفاد من الحديث انه لايحصل الاشتغال الا بهذا المقدار.

وبعبارة اخرى المستفاد من الحديث ان الضمان بالمقدار المتصالح عليهوان لم يؤده فاشتراط الضمان بالأداء من باب التسالم والاتفاق الحاصل بين الاصحاب) بلا اشكال ولاكلام فان الأبراء يوجب البرائه .

٢) قـال في الجواهر: «فاذا ابرءه برءا معـاً وان كان الضمان بالاذن لعدم استحقاق الرجوع عليه الابالاداء الذي قدانتفي محله بالاداء فينتفي الحق عنه للضامن الذي قد فرضنا براثة ذمته من المضمون له » (٣٤).

- ٣) بعين الملاك .
- ٤) لاحظ حديث عمر بن يزيد.

١) الوسائل الباب ٦٦ من ابواب احكام الضمان الحديث : ١

٢) جواهر الكلام ج ٢٦ ص: ١٢٧

لايطالب المضمون عنه الا بما خسردون الزائد ومنه بظهر انه ليس له المطالبة في صورة تبرع اجنبي لاداء الدين (١٠.

(مسألة ٦) : عقد الضمان لازم فلا يجوز للصامن فسخه ولا للمضمون له^{٢١} .

(مسأله ۷): يشكل ثبوت الخيار اكل من الضامن و المضمون له بالاشتر اط^{(۱۳} و بغيره دارياً .

(مسألة ٨): اذاكان الدينحالا وضمنه الضامن . وجلا فيكون الاجل للضمان لاللدين (° فلوأسقط الضامن الاجل وادى الدين حالا

لتأمل اذ لاوجه لصيرورة الحال مؤجلا فيكون التأجيلفي	ه)كما هو ظاهر با
	الضمان لافي الدين .

۱) لا يبعد أق يكون الحكم متسالماً عليه عندهم كما انه لا يبعدان يستفاد الحكم من حديث عمر بن يزيد.

٢) لوجوب الوفاء بالعقود المستفاد من قوله تعالى « اوفوا بالعقود » (*١)

٣) قد مر الكلام حــول ثبوت الخيار بالاشتراط في العقود في كتاب البيع
 وانه هل يجري الخيار بالاشتراط في الضمان أملا فراجع ما ذكرناه هناك .

٤) الخيار تارة يشتر طبالاشتر اطالاستقلالي الصريح واخرى بالشرطالار تكازي الضمني وأما ثبوته بغير الاشتراط فلا أدري طالم اد منه نعم يمكن أن يكون مراد الماتن الخيار التعبدي وحيث انه لادليل عليه فلاخيار لابالاشتراط ولا بالتعبد.

١ / المائدة / ١

۱ اذ المفروض حلول الدين ومن ناحية اخرى المفروض ان الضامن ادى
 الدين فله مطالبة المضمون عنه .

۲) فان المديون اذا مات يصير المؤجل حالا فبعد أداء الدين يجوز مطالبة
 المضمون عنه .

٣) اذ لاوجه لجواز المطالبة فان المفروض كون الدين مؤجلا .

٤) فانه بالموت يصير المؤجل حالافيكون للمضمون له أخذه من التركة ولكن
 لا يجوز الرجوع على المديون اذ المفروض ان الدين مؤجل ولا وجه لصيرورته
 حالا .

ه) الظاهر ان ما افاده تام فانه المتفاهم من اللفظ عرفاً ولكن نقل عسن بعض الأعيان عدم جواز ضمان المؤجل حالا وقد ذكرت في تقريب عدم الجوازوجوه: الأول: انه ضمان مالا يجب. الثاني: ان الفرع لايرجح على الأصل. الثالث ان الضمان نقل الدين على ما هو عليه.

ورد الوجه الأول بأن اصل الدين حــال والتأجيل من التوابع ويسقط برضا

(مسألة ٩): اذا كان الدين مؤجلا وضمنه باقل من أجله كما اذاكان اجله ثلاثة اشهر مثلا وضمنه بمدة شهر وأداه بعد هذه المدة وقبل حلول الاجل فليس له مطالبة المضمون عنه بذلك قبل انقضاء الاجل الاول وهواجل الدين (أواذا ضمنه بأكثر من اجله ثم اسقط الزائد واداه فله مطالبة المضمون عنه بذلك (أو كذا الحال اذا مات الضامن بعد انقضاء اجل الدين وقبل انقضاء المدة الزائدة (٣.

(مسألة ١٠): اذا احتسب المضمون له ما على ذمة الضامن

الطرفين ، والثاني بأنه لادليل عليه وان شئت قلت : انه وجه استحساني لابرهاني والثالث بأن الضمان نقل الدين وأما وصفه من الحلول والتأجيل فلا دليل على لزوم رعايته والاطلاقات تشهد بعدم اعتباره والاشكال كل الاشكال في الاطلاق فان الظاهر _ والله العالم _ انه ليس في نصوص الباب ما يكون مطلقاً من هذه الجهات فلاحظ .

نعم حيث ان الضمان من العقود الامضائية فيكون كل ضمان عقلائي جايزاً الا مـا قام الدليل على فساده وبعبـارة اخرى مقتضى الاطلاق المقامي جواز الضمان العرفى الا أن يقوم الدليل على خلافه والله العالم .

- ١) اذ المفروضعدم انتهاء أجل الدين فلا وجه لمطالبة المضمون عنه .
- ٢) الأمركما افاده فان المفروضانتهاء الأجل المقرر اولافله مطالبة المضمون
 نه .
- ٣) فانه بموته يصير التأجيل الثاني حالاو المفروض انتهاء التأجيل الأول فيجوز الرجوع الى المضمون عنه والسيرة الخارجية جارية على هذه الأقسام وممضاة من قبل الشارع الأقدس.

خمساً أوزكاة باجازة من الحاكم الشرعي أوصدقة فالظاهران للضامن أن يطالب المضمون عنه بذلك (وكذا الحال اذا أخذه منه ثم رده اليه بعنوان الهبة أو نحوها (وهكذا اذا مات المضمون له وورث الضامن مافى ذمنه (" .

(مسألة ١١): يجوز الضمان بشرط الرهانة من المضمون عنه (٤. (مسألة ١٢): اذا كان على الدين الثابت في ذمة المضمون عنه رهن فهوينفك بالضمان (٥.

(مسألة ١٣): اذا ضمن شخصان مثلاً عن واحد فلايخلومن أن يكون اما بنحو العموم المجموعي أوبنحو العموم الاستغراقي فعلى

١) اذا قلنا بأنالمال يدخل في ملك الضامن ثم يخرج يتم ما في المتن اذ عليه يحصل الخسر ان فيجوز أن يطالب المضمون عنه وأما اذالم يكن كذلك وقلنا: بتحقق الاحتساب بدون دخول المال في ملك الضامن فيشكل ما افاده في المتن اذ عليه لاخسر ان على الضامن فليس له المراجعة .

٢) اذ لااشكال في صدق الخسارة في هذه الصورة .

٣) فان الضامن يملك ما في ذمة نفسه بالارث ثم يخرج ويسقط فله الرجوع
 الى المضمون عنه .

٤) فانه شرط جايزفيجب بمقتضى الشرط وبعبارة اخرى يشترط في الضمان الرهن فالمشروط عليه يرهن بعدعقد الضمان بمقتضى وجوب الشرط كما أنه يمكن تصويره على نحو شرط النتيجة .

ه) والوجه فيه ان الرهن وثيقة للدين ولا دين على المضمون عنه بعدالضمان
 بالنسبة الى المضمون له فلا مجال لبقاء الرهن على حاله .

(مسألة ١٤): اذاكان مديوناً لشخصين صح ضمان شخص لهما أولاحدهما المعين ولايصح ضمانه لاحدهما لاعلى التعبين . وكذا الحال اذا كان شخصان مديونين أواحد فضمن عنهما شخص

١ الأمركما افاده فان مقتضى ضمان كل واحد بنحو المجموع التقسيط وان
 شئت قلت مرجعه الى ضمان كل واحد منهما نصف الدين .

۲) تارة يكون ضمانهما دفعة واخرى يكون على نجو التعاقب أما على الأول فتارة يقبل المضمون له واحداً معيناً منهما واخرى يقبل كليهما أما على الأول فيصح ما قبله و أما على الثاني فالظاهر بطلانهما فان صحة كليهما غير معقول ومن ناحية اخرى ترجيح احدهما على الاخر لايمكن لعدم المرجح فالنتيجة بطلانهما .

ومما ذكر يظهر حكم ما يكون ضمانهما على نحو التعاقب وأما الالتزام بالصحة وقياس المقام على باب تعاقب الآيدي قياس مع الفارق اذ يتصور تعدد الضمان ثبو تأكما في تعاقب الآيدي بأن يكون الضامن الجامع بين الآفراد فلا يتوجه اشكال عدم المقتضي لكون البدل متعدداً مع كون المبدل واحداً فينحل الاشكال بالالتزام بكون الضامن هو الجامع فيجوز للمضمون له الرجوع الى كل واحد من أفراد ذلك الكلى .

وفي المقام ايضاً يتصور لكن الظاهرانه لادليل عليه الا أن يقال: بأنالضمان بهذا النحو أمر دائربين العقلاء وابناء المحاورة والشارع الأقدس امضى ما يجري بينهم وهل يمكن اثبات جريان السيرة عليه كي يثبت المدعى بالامضاء ؟ فلاحظ.

فانكان ضمانه عنهماأوعنأحدهماالمعين صح وانكان عنأحدهما لاعلى التعيين لم يصح ١٠٠ .

(مسألة ١٥): اذاكان المديون فقيراً لم يصح أن يضمن شخص عنه بالوفا من الخمس أو الزكاة أو المظالم ولافرق في ذلك بين أن تكون ذمة الضامن مشغولة بها فعلا أم لالله .

١) ما افاده تام فان المردد لاواقع له فلايصح ضمان واحد لاعلى التعيين وأما
 ضمان المعين فلا مانع منه كما ان الضمان عن المتعدد أو للمتعدد صحيح .

۲) لعدم الدليل على الجواز وبعبارة اخرى: لادليل على جواز تبديل الدين
 بالخمس أو الزكاة أو المظالم .

وبعبارة واضحة: تبارة يكون المراد نقل الدين من ذمة الفقير الى مصرف الخمس أوغيره بأن يكون المتعهد المصرف الخاص، واخرى يكون المرادالنقل الى ذمة الضامن ويكون الأداء من الحق الخاص وثالثة بأن يكون المراد التعهد بالأداء والوفاء من الحق الخاص من دون اشتغال ذمته بالمال.

أما الأول فتتوقف صحته على هذه الولاية بأن نقول لكل احد أن ينقل الدين من ذمة المضمون عنه الى مصرف الخمس أو الزكاة ولا دليل عليه .

مضافاً المى أن الوظيفة دفع الخمس والزكاة وامثالهما الى المستحق وبغير هذا النحو لايتحقق الامتثال .

وأما الثاني فلادليل على تعيين الأداء من الوجوه المذكورة بل مقتضى الدليل عدم جواز الاداء اذ لامقتضي لجواز تبرئة ذمة الضامن من الوجوه المذكورة فانها بمقتضى الدليل لها مصارف خاصة فلاوجه لصرفها في اداء دين الضامن.

وأما الثالث فلا يرتبط بباب الضمان فانه وعد يجب العمل به لااشتغال لذمة المتعهد وبعبارة واضحة: الضمان نقل المالمن ذمة المضمون عنه الى ذمةالضامن وفي المقام لاينتقل الدين الى ذمة غير المديون فلاحظ.

(مسألة ١٦): اذاكان الدين الثابت على ذمة المدين خمساً أوزكاة صح أن يضمن عنه شخص للحاكم الشرعي أووكيله '' .

(مسألة ١٧): اذا ضمن شخص في مرض موته صح الضمان ويخرج المال المضمون من اصل تركته سواء كان الضمان باذن المضمون عنه أم لا (٢).

(مسألة ١٨): يصحأن يضمن شخص للمرأة نفقاتها الماضية (٣ وأما ضمانه لنفقاتها الاتيه ففي صحتـه اشكال (٤ وأما نفقة الاقارب فلايصح ضمانها بلااشكال (٥ .

١) فان الحاكم ولي الفقراء والسادة فيجوز أن يضمن له ضامن لمدين بالخمس أو الزكاة وبعبارة اخرى: المرجع في الخمس والزكاة الحاكم والأمربيده فيجوز أن يصير مضموناً له.

٢) أما في صورة الاذن من المضمون عنه فلكونه من ديونه فيخرج من الأصل
 فان الديون تخرج من الأصل وأما مع عدم الاذن فان منجزات المريض تخرج من
 الأصل كما هو المقرر في منجزات المريض.

٣) بتقريب أن الذمة مشغولة بالنسبة الى النفقات الماضية فيصح الضمان
 بالنسبة اليها فانها من مصاديق الدين فلاحظ .

٤) وجه الاشكال: ان الضمان نقل الدين من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن فمادام لا يكون الضمان متحققاً لا يصح الضمان وقد تقدم ان الضمان التعليقي محل الاشكال والكلام.

ه)بدعوى انه ليس هناك الا التكليف المحض فلا موضوع للضمان .

(مسألة ١٩): يصح ضمان الاعيان المخارجية بمعنى كون العين في عهدة الضامن فعلا وأثرذلك وجوب ردها مع بقاء العين المضمونة

ورد بدلها من المثل أو القيمة عند تلفها ومن هذا القبيل ضمان شخص عهدة الثمن للمشتري اذا ظهر المبيع مستحقاً للغير أو ظهر بطلان البيع من جهة اخرى والضابط: ان الضمان في الاعيان الخارجية بمعنى التعهد لابمعنى الثبوت في الذمة فهوقسم آخر من الضمان (1.

1) كتب الماتن في هامش العروة تفصيلا وهذا نص عبارته: « الظاهر فيه التفصيل فان المنشأ اذاكان هو التعهد الفعلي للعين المضمونة ليترتب عليه ردهامع بقائها ودفع البدل عندتلفها فلابأس به للعمومات ولاسيما انه متعارف في الخارج واذا كان اشتغال الذمة بالبدل فعلا على تقدير تلفها واشتغال ذمة الضامن الأول به متأخراً فهو واضح الفساد بل صحته غير معقولة واذاكان اشتغال الذمة بعداشتغال ذمة الضامن الأول به على نحو الواجب المشروط فصحته مبتنية على عدم اعتبار التنجيز » الى آخر كلامه .

والذي يختلج بالبال في المقام أن يقال: ان تم اجماع تعبدي على الجوازفهو كما انه لو ثبت كونه أمراً خارجياً متعارفاً بين العقلاء يمكن الالتزام بالجواز من باب الامضاء الشرعيحيث ان الضمان من العقود الامضائية فاذالم يتعرضالشارع الأقدس لفساده يكشف انه امضاه أما لولم يكن كذلك فيشكل الالتزام بالجواز والظاهر انه ليس في العمومات ما يدل على جوازه أما قوله تعالى «اوفوا بالعقود» فقد ذكرنا انه ناظر الى اللزوم ولا تعرض فيه للصحة وأما قوله تعالى « تجارة عن تراض » فلاتصدق التجارة على الضمان التبرعي بلااشكال وأما الضمان مع الأذن من المضمون عنه فصدق التجارة عليه اول الكلام والاشكال وقدسبق في بعض المباحث السابقة احتمال اختصاص التجارة بمالهامن المفهوم بخصوص البيع .

(مسألة ٢٠): يشكل صحة ضمان ما يحدثه المشتري في الارض المشتراة من بناء أوغرس أو نحو ذلك اذا ظهر كونها مستحقاً للغير ١٠. (مسألة ٢١): اذا قال شخص لاخر ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه فالقاه ضمنه ١٠٠ سواء كان لخوف غرق السفينة أو لمصلحة اخرى من خفتها أو نحوها وهكذا اذا أمره باعطاء دينار مثلا لفقير أو بعمل لاخر أو لنفسه فانه يضمن اذا لم يقصد المأمور المجانية ١٠٠ .

مضافاً الى أن ضمان العين قبل التلف لأيكون داخلا في الضمان المتعارف وضمان بدله بعد التلفيدخل في التعليق الموجب للبطلان وأما النصوص الواردة في المقام فالظاهرانه ليس فيها ما بعمومه أو اطلاقه يشمل المقام فلاحظ والله العالم) الوجه في الاشكال انه من اقسام ضمان مالم يجب وبعبارة اخرى الضمان نقل الدين من ذمة الى ذمة والمفروضان ذمة البايع غير مشغولة فلا يصح الضمان عنه الاعلى القول بجوازضمان مالم يجب ويظهر من الجواهر ان القائل بالجواز الشهيدان (* ١) .

٢) فان استيفاء عمل الغير مع الضمان يوجب الضمان عند العقلاء وبعبارة اخرى: ان المأمور بأمر الضامن والتزامه به أتلف ماله كما لو أمره بالضيافة مع الالتزام بالضمان ولك أن تقول: لااشكال في تحقق الضمان عند العقلاء في أمثال المقام والشارع الاقدس امضاه فلاحظ.

٣) لوحدة الملاك فان عمله محترم على كل تقدير فالمقتضي المضمان موجود
 والمانع مفقود فيتحقق الضمان بفعل المأمور الا أن يقصدالمجانية فلاوجه للضمان
 كما هو ظاهر .

١) جواهر الكلام ج ٢٦ ص: ١٤٩

٢٦٤ _____ مباني منهاج الصالحين ج ٩

(مسألة ٢٢): اذا اختلف الدائن والمدين في اصل الضمان كما اذا ادعى المديون الضمان وانكره الدائن فالقول قول الدائن وهكذا اذا ادعى المديون الضمان في تمام الدبن وانكره المضمون له في بعضه 11.

(مسألة ٢٣) : اذا اختلف الضامن والمضمون له في أصل الضمان أو في مقداره أو في اشتراط التعجيل اذا كان الدين مؤجلا فالقول قول الضامن (واذا اختلفا في اشتراط التأجيل مع كون الدين حالاأو في وفائه للدين أو في ابراء المضمون له قدم قول المضمون له (مسألة ٢٤) : اذا اختلف الضامن والمضمون عنه في الاذن

(مسالة ۲٤): أذا اختلف الضامن والمضمون عنه في الآذن وعدمه أوفى وفاء الضامن للدين أوفى مقدار الدين المضمون أوفى اشتراط شيىء على المضمون عنه قدم قول المضمون عنه (٤٠).

(مسألة ٢٥): اذا أنكر الضامن الضمان ولكن استوفى المضمون له الحق منه باقامة بينة فليس له مطالبة المضمون عنه لاعترافه بأن

١) اذ مقتضى الأصل عدم الضمان فالقول قول منكره .

γ) لأن قـول الضامن في الموارد المذكورة موافق مـع الاصل فالقول قوله.

٣) اذقول المضمون له في الموارد المذكورة موافق معالاصل فالقول قوله
 على ما هو المقرر .

٤) فان قول المضمون عنه موافق مـع الأصل في الموارد المذكورة فليس
 عليه الا اليمين .

كتاب الحوالة ______________________________ا المضمون له أخذ المال منه ظلماً (۱

(مسألة ٢٦): اذا ادعى الضامين الوفاء وأنكر المضمون له وحلف فليس للضامن الرجوع الى المضمون عنه اذا لم يصدقه في ذلك^{٢١}.

كتاب الحوالة

الحوالة هي تحويل المدين ما في ذمته من الدين الى ذمة غيره هاحالة الدائن عليه^٣.

(مسألة ١) : يعتبر في الحوالة الايجاب مـن المحيل والقبول

 ١) الظاهر ان الامركما افاده فان الاقرار نافذ على المقر فلاأثر للبينة بالنسبة الىجواز رجوعه الى المضمون عنه اذ المفروض انه مقر بعدم ضمان المضمون عنه .

٢) اذ الرجوع فـرع الوفاء ومـع عدمه لامجال للرجوع وعلى الجملة: لاتشتغل ذمـة المضمون عنه الابعد اداء الضامن والمفروض عدم ثبوته بل مقتضى الاصل عدمه والله العالم قد وقع الفراغ من شرح كتاب الضمان في اليوم السبت العاشر من شهر شعبان المعظم سنة ١٤٠٩ علىمهاجرها و آله آلاف التحية والثناء

٣) عن المحقق قدس سره تعريف الحوالة بأنها عقد شرع لتحويل المالمن ذمة الى ذمة مشغولة بمثله ونقل انه حيث ان هذ التعريف لايشمل الحوالة على البريء والعلامة يرى صحتها عدل في القواعد عن هذا التعريف الى تعريفها بقوله وهى عقد شرع لتحويل المال من ذمة الى اخرى ».

اما آية وجوب الوفاء بالعقود فقد ذكرنا انها ناظرة الى اللزوم وغير ناظرة الى مقام الصحة وأما آية التجارة فاطلاقها يتوقف على عدم اختصاص التجارة بخصوص البيع وأما مع اختصاصها به ولو احتمالا فلا مجال للاستدلال بهاعلى المدعى كما هو ظاهر وأما اطلاق دليل الحوالة فالظاهر انه لااطلاق في نصوص الباب من هذه الناحية .

ومما يمكن الاستدلال به على المدعى ان اثبات المال في ذمة الغير يتوقف على رضاه وبعبارة اخرى التصرف في ذمة الغير بلارضاه خلاف السلطنة فلا يجوز وفيه انه لاتصرف في ذمة الغيربل الحوالة عبارة عن تبديل المحيل بالمحال وبعبارة اخرى يقوم المحال مقام المحيل نعم في الحوالة على البريء اثبات شيء في ذمته ولا اشكال في توقفه على رضاه .

ومما يمكن الاستدلال به على المدعى استصحاب بقاء ما في ذمة المحال

١) المائدة/١

۲) النساء/۲۹

كتاب الحوالة ____________

بكل ما يدل عليها من لفظ أو فعل أو كتابة ١٠٠.

(مسألة ٢): بشترط في المحيل و المحال و المحال عليه البلوغ و العقل و الرشد (٢ كما يعتبر فيهم عدم التفليس (٣ الافي الحوالة على البريء فانه يجوز فيها أن يكون المحيل مفلسا أوسفيها (١

للمحيل وفيه انه لامجرى للاستصحاب مع وجود الدليل ان التزمنا به مضافاً الى عدم جريان الاستصحاب في الشبهات الحكمية .

- ١) اذ الميزان بصدق عنوان الحوالة وهذا العنوان يتحقق باللفظ تارة وبالفعل اخرى وبالكتابة ثالثة .
- ۲) فان هذه الشرائط ثابتة في جميع العقود وفي المقام لااشكال في اعتبارها في اعتبارها في المحيل والمحال وأما المحال عليه فان كان بريثاً لااشكال في اعتبارها فيه وأما اذا لم يكن بريثاً فلل أرى وجهاً لاعتبارها فيه اذ المحال عليه غير البري، مديون للمحيل وما في ذمته مملوك للمحيل واختياره بيده فلاوجه لاشتراط البلوغ والعقل والرشد فيه لعدم المقتضي للاعتبار نعم على القول باعتبار قبوله ورضاه في العقد يمكن الالتزام بالاشتراط لكن المائن لايرى قبوله ورضاه معتبراً فيه كما يظهر من هامشه على العروة فلا أدري ماالوجه في الاشتراط.
- ٣) الكلام فيه هو الكلام فان اشتراط عدم التفليس في المحيل والمحال على القاعدة اذ مقتضى التفليس عدم جواز تصرف المفلس في مملوكه وأما في المحال عليه فلاوجه لاعتبار عدمه فيه اذ المفروض انه مديون والمفلس لايمكنه التصرف في أمواله وأما الحوالة عليه فلا تنافيه .
- ٤) أذن الحوالة على البريء الايكون تصرفاً في المملوك فلا يكون النفليس
 ولا السفه مانعاً عن التصرف.

ويعتبر في المحيل والمحال الاختيار (' وفي اعتباره في المحال عليه اشكال والاظهر عدم الاعتبار (' الافي الحوالة على البريء أوبغيــر الجنس فيعتبر عندئذ قبول المحال عليه برضاه واختياره".

(مسألة ٣): يعتبر في الحوالة أن يكون الدين ثابتاً في ذمــة المحيل فلاتصح الحوالة بما سيستقرضه (٤.

(مسألة ٤): يشترط في الحوالة أن يكون المال المحال بسه معيناً فاذا كان شخص مديناً لاخر بمن من الحلطة ودينار لم يصحأن يحيله بأحدهما من غير تعيين (٥.

(مسألة ۵): يكفى في صحة الحوالة تعبن الدين واقعاً وان لم

١) على ما هو المقرر من كون الاكراه مانعاً عن صحة التصرف.

٢) وقد مر الكلام حوله والذي يختلج ببالي القاصر في هذه العجالة ان يستدل على عدم اشتراط قبوله بالسيرة الخارجية العقلائية فان الظاهران العقلا ولا يرون رضا المحال عليه معتبراً في صحة الحوالة والله العالم .

٣) اذ المفروض عـدم اشتغال ذمته فلا تشتغل ذمته الا برضاه واختياره هذا
 بالنسبة الى البريء وأمـا بالنسبة الى غير البريء فلا تجوز الحوالة الامع رضا
 المحال عليه اذ المفروض تبديل ما فى ذمته فلابد من رضاه .

٤) استدل على المدعى تارة بالاجماع واخرى بعدم صدق مفهوم الحوالة مع عدم الدين الثابت في ذمة المحيل فان التحويل والتحول يتوقفان على وجودشيء في محل كى ينقل الى محل آخر .

ه) فان المردد لاواقع له فلا مجال لتحقق الحوالة به فلاحظ .

يعلم المحيل والمحال بجنسه أو مقداره حين الحوالة فاذاكان الدين مسجلا في الدفتر فحوله المدين على شخص قبل مراجعته فراجعــه وأخبر المحال بجنسة ومقداره صحت الحوالة ١٦.

(مسألة ٦): للمحال أن لايقبل الحوالة وان لم يكن المحال عليه فقيراً ولا مما طلا في أداء الحوالة (٦).

(مسألة ٧): لايجوزللمحال عليه البريء مطالبة المال المحال به من المحيل قبل اداثه الى المحال^٣

١ فــان المتعين الواقعي لايكون مصداقاً للمردد بل يباينه فيجوز وبعبارة اخرى لافرق في تحقق الحوالة بمالها من المفهوم بين كون الدين معلوماً بالتفصيل وبين كونه معلوماً بالاجمال.

۲) لعدم دليل على كون القبول واجبأ عليه .

٣) تارة يقع الكلام في جواز صحة الحوالة على البريء وعدمه واخرى في أنه بعد فرض الجواز هل يجوز للمحال عليه مطالبة المال قبل الأداء أم لا ؟ فيقع الكلام في موردين :

أما الموردالأول فنقول يظهر من كلام الجواهران الجواز مشهور وعن السرائر الاجماع عليه مضافاً الى السيرة الجارية في الخارج (* ١) ولا يبعد تحقق السيرة على جريانها .

وأما المورد الثاني فسلا يبعد أن تكون الحوالة على البريء بعد قبولها من قبله من مصاديق الضمان فان الانصاف انه لافسرق بينهما بحسب الواقع وانمسا الخلاف لفظي ومجسرد الاختلاف اللفظي لايوجب تغييسر الاحكام فلا مجال لان

١) الجواهر ج ٢٦ ص: ١٦٥

(مسألة ٨): لافرق في المال المحال به بين أن يكون عيناً في ذمـة المحيل أومنفعة أوعملا لا يعتبر فيه المباشرة كخياطة ثوب ونحوها بل ولو مثل الصاوة والصوم والحج والزيارة والقرائة وغير ذلك ٢٠

يقال الهبة المعوضة تشبه البيع ومع ذلك لايترتب عليها احكامه فان القياس مسع الفارق لأن البيع تمليك عين بعوض وبمجرد تحققه يصير البايع مالكاً للثمن والمشتري مالكاً للمثمن وأماالهبة المعوضة فيمكن تحققها والحالان الواهب لايملك شيئاً قبل تحقق الشرط وأما في المقام فلا يتصور في البريء المحال عليه بعدقبوله غير الضمان فعليه لايجوز المطالبة قبل الأداء كما ان الضمان كذلك وقدمر الكلام حوله مضافاً الى أنه لادليل على جواز المطالبة قبل الآداء .

١) كماان الضمان كذلك وقدسبق في الضمان مضافاً الى أنه لادليل على جو از
 اخذ الأكثر .

۲) ان ثبت اجماع تعبدي على الجواز في الموارد المذكورة في هذاالفرع فهو والا يشكل الجزم بالجواز اذ العمومات الاولية لامجال للاستدلال بها على المدعى كما مر وفي نصوص الباب ليس ما يكون قابلا للاستدلال به على الجواز على الاطلاق فلابد امامن قيام اجماع تعبدي كاشف واما من جريان السيرة الخارجية.

ولقاائلأن يقول: انه لامانع من الاخذ باطلاق حديث أبي أيوب انه سألأبا عبدالله عليه السلامءن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه ؟ قال لايرجع عليه ولا فوق في ذلك بين أن تكون الحوالة على البريء أو على المشغول ذمته (اكما لا فرق بين أن يكون المال المحال به مثلياً أو قيمياً (أ

(مسألة ٩) : الحوالة عقدلازم فليس للمحيل والمحال فسخه (٣

ابدا الا أن يكون قد افلس قبل ذلك (* ١)٠

فان مقتضى اطلاق هذا الحديث شمول الحكم للموارد المذكورة فلاحظ. الا أن يقال: ان الحديث ناظر الى مورد تمامية الحوالة وتحققها فلا يشمل المقام اذ تماميتها على نحو الاطلاق اول الكلام والاشكال وبعبارة اخرى: الرواية ناظرة الى مورد تحقق الحوالة التامة شرعاً وتماميتها في المصاديق المشتبهة اول الكلام لكن يمكن أن يقال: انه لاوجه للاشكال فانه لو صدق الموضوع خارجاً يترتب عليه الحكم فاذا تمت مقدمات الاطلاق يؤخذ به بان يقال: مقتضى الاطلاق ترتب الحكم الشرعي على ما وقع في الخارج فيشمل جميع مصاديق الموضوع فلاحظ.

بل لايبعد أن يقـال : ان العرف يفهم مــن جواز الحوالة في بعض الموارد جوازها في جميعها بتقريب انه يفهم انه لافرق بينها من هذه الحيثية .

١) فعلى الفول بالجواز في الحوالة على البريء تجري الامور المذكورة .

٢) ربما يقال: بأنها لاتصحفي القيمي للجهالة . وفيه اولا: ان الجهالة لاتضر بصحة الحوالة بل التعيين الواقعي يكفي كما مر وثانياً : سلمنا كون الجهل موجباً للفساد لكن هذا لايوجب الحكم بالفساد على الاطلاق فان القيمي الثابت في الذمة أمر كلى قابل للمعرفة بالتوصيف .

٣) فان مقتضى وجوب الوفاء بالعقود لزومها .

١) الوسائل الباب ١١ من ابواب الضمان الحديث : ١

نعم اوكان المحال عليه معسراً حين الحوالة وكان المحال جاهلا به جاز له الفسخ بعد علمه بالحال (وان صارغنياً فعلا أواما اذاكان حين الحوالة موسراً أوكان المحال عالماً هاعساره فليس له الفسخ (" مسألة ١٠): يجوز جعل الخيار لكل من المحيل والمحال

(مسألة ١٠): يجوز جعل الخيارلكل من المحيل والمحال والمحال والمحال عليه دعال عليه دعال

(مسألة ١١): لوادى المحيل نفسه الدين فان كان بطلب من

الظاهر ان الوجه فيه اشتراط الخيار بمقتضى الشرط الضمني الارتكازي وقد تقدم الاشكال في جعل الخيار الا في مورد يثبت الجواز بالاجماع أو النص اذ قد ذكرنا مراراً ان دليل الشرط لايكون مشرعاً فلابد من اثبات الجواز في الرتبة السابقة وأماحديثا أبى ايوب (* 1) ومنصور بن حازم قال سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يحيل على الرجل بالدراهم أيرجع عليه ? قال لايرجع عليه ابداً الا أن يكون قد افلس قبل ذلك (* 7) ، فالمستفاد منهما انه لايجوز الرجوع على المحيل الا فيما يكون مفلساً قبل الحوالة فلا يرتبطان بالمقام اللهم الا أن يتم الأمر بالاجماع والتسالم او السيرة وهل يمكن اثباته بهذه التقاريب? والله العالم ?) اذ بعد ثبوت الخيار لاوجه لسقوطه ?

٣) لعدم اشتراط الخيار أما في الصوره الأولى فلأن المفروض عدم الأعسار فــلا يثبت الخيار وأمــا في الصورة الثانية فلأنه مع العلم بالأعسار لاموضوع للاشتراط.

٤) قد مر الاشكال فيه قريباً فلا وجه للاعادة .

١) لاحظ ص: ٢٧٠

٢) الوسائل الباب ١١ من ابواب الضمان الحديث: ٣

المحال عليه وكان مديناً فله أن يطالب المحال عليه بما آداه وأمـا اذا لم يكن بطلبه أولم يكن مديناً له فليس له ذلك^(۱).

(مسألة ١٢): اذا تبرع اجنبي عن المحال عليه برثت ذمته وكذا اذا ضمن شخص عنه برضا المحال (٢.

(مسألة ١٣): اذا طالب المحال عليه المحيل بماأداه وادعى المحيل ان له عليه مالا وأنكر المحال عليه فالقول قوله مع عدم البينة فيحلف على براثته ٣٠.

(مسألة ١٤): تصح الحوالة بمال الكتابة المشروطة أو المطلفة من السيد على مكاتبه سواءاً كانت قبل حلول النجم أو بعده و بها يتحرر

¹⁾ اذ المفروض كون المحال عليه مديناً كما ان المفروض ان الآداء بطلب منه فلا مجال لبرائة ذمته بغير الآداء وليعلم ان الحوالة توجب كون المحال عليه مديوناً للمحال فاذا كان مديناً للمحيل وبالحوالة صار مديناً للمحال فاذا كان اداء الدين بطلب منه يشتغل ذمته بالاداء للمحيل فله أن يراجعه ويطالبه وأما اذا لم يكن بطلب منه فلامة تضي للرجوع كما انه لولم يكن مديناً لاوجه لرجوع المحيل عليه اذ المفروض عدم كونه مديناً فلا وجه لأن يراجعه .

٢) فان التبرع باداء الدين جايز والنتيجة برائـة ذمته كما ان الضمان يوجب
 برائة المضمون عنه فلاحظ .

٣) الظاهر ان الأمركما افاده فان وجوب الاداء على طبق القاعدة الاولية الا أن يكون المحال عليه مشغول الذمة ومقتضى الاصل عدم الاشتغال فعلى المحيل اقامة البينة لاثبات دعواه ومع عدم البينة تصل النوبة الى أن المنكر يحلف والله العالم.

المكانب لبراثة ذمته لمولاه وتشتغل ذمته للمحال (اولا پتوقف تحرره على قبوله الحوالة لفرض انه مدين لمولاه (۲.

(مسألة 10): اذا كان للمكاتب دين على اجنبي فأحال المكاتب سيده عليه بمال الكتابة فقبلها صحت الحوالة وينعتق المكاتب (٣) سواء أدى المحال عليه المال للسيد أم لا (٤).

(مسألة ١٦): اذا اختلف المحيل والمحال في أن العقد الواقع بينهما كان حو الة أو كالة فمع عدم قيام البينة يقدم قول منكر الحو الة سواء أكان هو المحيل أم المحال (٥).

١) الامركما افاده لتمامية اركان الحوالة على الفرض.

٢) اذالمفروض كونه مشغول الذمة ولا يكون الحوالة على البريء كي يتوقف
 على قبوله وقد مر أنه لايكون قبول المدين المحال عليه دخيلا في تحقق الحوالة
 بل الحوالة تصح ولو مع عدم قبوله .

٣) والوجه فيه ان الانعتاق يحصل باداء مال الكتابة والمفروض ان السيد
 قبل الحوالة وهذا نحو من الاداء والبرائة ممافي ذمته فلاحظ .

إاذ المفروض تحقق برائة ذمة العبدمن مال الكتابة وهي الميزان فيحصول
 العتق والمفروض براثة ذمته بالحوالة فلا وجه لبقاء الرقية .

ه) بتقريب ان تشخيص المدعي والمنكر هو الغرض المقصود من التداعي لامصب الدعوى والغرض المقصود هنا اشتغال ذمته المحيل للمحتال واشتغال ذمة المحال عليه للمحيل أو للمحتال وكسل هذه مخالف للأصل فمدعي الحوالة لابد من اقامة البينة ومدعى الوكالة عليه اليمين واما اذا قلنا ان الميزان مصب الدعوى

كتاب الكفالة

الكفالة هي التعهد باحضار المدين وتسليمه الى الدائن عند طلبه ذلك (١).

(مسألة 1): تصح الكفالة بالايجاب من الكفيل بكل ما يدل على تعهده والنزامة والقبول من الدائن بكل ما يدل على رضاه بذلك (مسألة ٢): يعتبر في الكفيل العقل (والبلوغ و الاختيار (و مسألة ٢) تعتبر في الكفيل العقل (و البلوغ و الاختيار (و مسألة ٢) تعتبر في الكفيل العقل (و البلوغ و الاختيار (و مسألة ٢) تعتبر في الكفيل العقل (و البلوغ و الاختيار (و البلوغ و الله و الله و الله و الاختيار (و الله و الل

يكون المقام داخلا في النداعي لأن قول كل منهما مخالف مع الاصل فلاحظ.

١) قال في الجواهر: «والمعروف في تعريفها أنها عقد شرع للتعهد بالنفس (١٤)
 وقال في مجمع البحرين: «وان شئت قلت: الكفالة هي التعهد بالنفس» وقال
 في الحدائق: «الكفالة هـي التعهد بالنفس بمعنى التزام احضار المكفول متى
 طلبه المكفول له» (* ٢) .

۲) اذ لادليل على التقييد فان الكفالة من العقود و كل عقد مركب من الايجاب والقبول ومقتضى اطلاق الدليل عدم التقبيد ويمكن أن يقال: انه قدعلم من مجموع الادلة ان كل عقد صحيح شرعي ينحقق بالايجاب والقبول والتقييد يحتاج الى دليل خاص وان شئت قلت: ان السيرة جارية على ايقاعها بكل ما يدل عليها وهذه السيرة ممضاة عند الشارع فلاحظ.

- ٣)كما يعتبر في بقية العقود بلاكلام ولا اشكال .
- ٤) فان غير البالخ لااعتبار بالتزاماته كما هو المقرر في جميع الموارد.
 - ه) فان دليل الاكراه يرفع ما يقع على نحو الاكراه .

١) الجواهر ج ٢٦ ص: ١٨٥

٧) الحدائق: ج - ٢١ ص: ٦٢

 ١) اذ مع عـدم القدرة لامجال الدلتزام به فان الالتزام يتعلق بالأمر المقدور للملتزم ولذا لامعنى لأن يلتزم احد بنزول المطر من السماء فـان نزوله بارادة الله تعالى فلاحظ .

۲) بتقریب ان السفیه لیس له التصرف المالي ومن ناحیة اخرى ان الكفیل لولم یحضر المكفول یجب علیه اداء الدین فلاتجوز الكفالة من السفیه ویمكنأن یقال: ان الكفالة لاتكون تصرفاً مالیاً اذ الكفالة التزام باحضار المكفول ولا دلیل من نصوص الباب على وجوب اداء الدین مع عدم الاحضار الا أن يتم الامر بالاجماع أو یقال: ان مرجع الكفالة الى الضمان المعلق وهل یمكن الالتزام بصحة الضمان التعلیقی مع عدم الدلیل على صحته وعدم صحة التعلیق فی العقود ؟

واستدل على أن الكفالة توجب تخيير الكفيل بين احضار المكفول وبين دفع ما عليه بوجوه :

الاول: ان الكفالة بنفسها تقتضي ذلك لأن بنائها عرفاً عليه وهو المقصوديين المتعاملين وبعبارة اخرى: يكون دفع ما عليه من الشرط الضمني فان مقتضى الشرط ان عليه الدفع ان لم يحضره.

وفيه آنه لادليل على هذه الدعوى ولـذا لايعرف في مقام التفهيم بهذا النحو وأما الشرط فان دل عليه دليل وقامت قرينة عليه فان كان شرط الفعل يصح على طبق الفاعدة وأما شرط النتيجة بأن تشتغل ذمة الكفيل فلادليل على مشروعيته لأن الشرط لا يكون مشرعاً فلابر من احراز الجواز في الرتبة السابقة .

الثاني : النص : الخاص الوارد في المقام لاحظ ما ارسله الصدوق قالـقال الصادق عليه السلام : الكفالة خسارة غرامة ندامة (* ١) وهـذه الرواية لااعتبار

١) الوسائل البأب ٧ من ابواب الضمان الحديث : ٢

كتاب الكفالة _____ كتاب الكفالة _____

والتفليس^{(۱} ولايشترط في الدائن البلوغ والرشــد والعقل والاختيار فتصح الكفالة للصبي والسفيه والمجنون اذا قبلها الولى^{(۲}.

بستدها لارسالها.

ولاحظ ما رواه الرقي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: مكتوب في التوراة كفالة ندامة غرامة (* ١) وهذه الرواية على تقدير تمامية سندها لاتدل على المدعى فان الغرامة بمعنى الهلاك والعذاب ولعل الرواية تشير الى مرجوحية الكفالة كما ورد ما يدل على المنع منها في بعض النصوص منهاما رواه اسمعيل بن جابرعن أبي عبدالله عليه السلام قال: لاتتعرضوا للحقوق فاذا لزمتكم فاصبروا لها (* ٢).

ومنها ما رواه العباس الفضل بن عبدالملك ان الصادق عليه السلام قال له : ما منعك من الحج ؟ قـال : كفالة كفلت «تكفلت» بها قال : ومالك وللكفالات اما علمت ان الكفالة هي التي اهلكت القرون الاولى ؟ (٣*) .

ومنها ما رواه اسماعيلبن خالدعن أبي عبدالله عليه السلام قال: يا بني اياكم والتعرض للحقوق واصبروا على النوائب الحديث (* ٤).

١) لاأرى وجها لعدم جواز كفالة المفلس فان المفلس ممنوع عن التصرف
 في امواله ولا يكون ممنوعاً عن التصرف في ذمته .

٢)كما هو ظاهر فان الولي يقوم مقام القاصر فــلا تكون الامور المذكورة
 مانعةعن الصحة .

١) نفس المصدر الحديث: ٥

٧) نفس المصدر الحديث: ٣

٣) نفس المصدر الحديث: ٤

٤) نفس المصدر الحديث: ٦

(مسألة ٣): تصح الكفالة باحضارالمكفول اذاكان عليه حق مالي (١ ولايشترط العلم بمبلغ ذلك المال (٢.

(مسألة ٤): اذا كان المال ثابتاً في الذمة فلاشبهة في صحة الكفالة "وأما اذا لم يكن ثابتاً في الذمة فعلا ولكن وجد سببه كالجعل في عقد الجعالة وكالعوض في عقد السبق والرماية وماشاكل ذلك فالاقوى صحة الكفالة في هذه الموارد (١٠).

٤) مقتضى القاعدة الاولية عدم الصحة لوشك فيهافان الامر الوضعي يحتاج الى دليل الاثبات والا فمقتضى الاستصحاب عدم تحققه وحيث انه لادليل على المدعى ظاهراً يتوقف الجزم بالصحة على تحقق الاجماع التعبدي الكاشف وأنى لنا باثباته.

وربما يقال: ان الكفالة بهذا النحومتعارف عند العقلا أو الشارع الاقدس لم يردع عنها ولكن اللازم اثبات تحقق السيرة عليها وأما عموم وجوب الوفاء بالعقود فلا مجال للاستدلال به اذ قد ذكرنا مراراً ان دليل وجوب الوفاء ناظر الى اللزوم ولا تستفاد منه الصحة فلا تغفل .

١) بلا اشكال ولاكلام .

٢) لا يبعد أن يكون المدرك اطلاق بعض النصوص لاحظ مارواه ابن سرحان انه سأل أبا عبدالله عليه السلام عن الكفيل والرهن في بيع النسيئة قال: لا باس (* ١) فان مقتضى اطلاق هذه الرواية عدم الفرق بين كون مقدار الدين معلوماً وعدمـه فلاحظ.

٣) الأمركما افاره فانه لااشكال في صحتها في الصورة المفروضة .

١) الوسائل البانِ ٨ من أبواب احكام الضمان الحديث : ١

كتاب الكفالة ______ كتاب الكفالة

(مسألة ۵): الكفالة عقد لازم لايجوزفسخه من طرف الكفيل^{(۱} الابالاقالة أوبجعل الخيار له^{(۲}.

(مسألة ٦): اذا لم يحضر الكفيل المكفول فاخد المكفول له المال من الكفيل فان لم ياذن المكفول لافي الكفالة ولافي الاداء فليس للكفيل الرجوع عليه والمطالبة بما اداه (٦ واذا اذن في الكفالة والاداء أواذن في الاداء فحسب كان له أن يرجم عليه وان اذن له في الكفالة دون الاداء فالظاهر عدم رجوعه عليه بما اداه (٥ وان كان غير متمكن من احضاره عند طلب المكفول له ذلك (٦).

(مسألة ٧) : هجب على الكفيـل التوسل بكل وسيلة مشروعة لاحضار المكفول^{(٧}

١) فان كلعقد لازم بمقتضى وجوب الوفاء به الا ما خرج بالدليل .

٢) كلمنهما يحتاج الى الدليل وقد مر الكلام من هذه الجهة في بعض الابحاث
 المتقدمة فلانعيد وان شئت راجع ما ذكرناه سابقاً في هذا المقام .

٣) لعدم المقتضي للرجوع فان المفروض عدم اذن المكفول فلا وجه لضمانه
 ومع عدم الضمان لامجال للرجوع اليه كما هو ظاهر واضح .

٤) اذالمفروض ان الاداء تحقق باذنه فيشتغل ذمة الاذن بمقتضى السيرة العقلائية الممضاة شرعاً.

ه) لعدم ما يقتضي الرجوع كما مر قريباً .

٦) لوحدة الملاك ولكن الاشكال في صيّحة الكفالة مسع عدم امكان الاحضار
 وقد مر من الماتن انه يشترط في صحة الكفالة القدرة على احضار المدين فلاحظ
 ٧) لان المفروض وجوب الاحضار فتجب مقدماته من باب وجوب مقدمة

فاذا احتاج الى الاستعانة بشخص قاهر ولم تكن فيهـــا مفسدة دينية وجبت الاستعانة به^{(۱}.

(مسألة ٨) : اذا كان المكفول غائبـــاً احتاج حمله الى مؤنة فالظاهر أنها على الكفيل^{(٢} الا اذا كان صرفها باذن من المكفول^{(٣}.

(مسألة ٩) : اذا نقـل المكفول له حقه الثابت على المكفول الى غيره ببيع أوصلح أوحوالة أوهبة بطلت الكفالة (٤.

(مسألة ١٠): اذا أخرج أحدمن يدالغريهم مديونه قهراً أوحيلة بحيث لايظفربه فياخذ منه دينه فهوبحكم الكفيل بجب عليه احضاره لديه والافيضمن عنه دينه ويجب عليه تاديته له (٥

الواجب و لو عقلا .

- ١) لوحدة الملاك والمفروض خلوه عن المفسدة الشرعية فلاحظ.
- ٢) لأن وجوب ذي المقدمة يقتضى وجوب مقدماته وما ذكر منها فيجب .
 - ٣) فان الاذن يقتضى الضمان كما تقدم .
- ٤) لانتفاء موضوع الكفالة فان الكفيل كان ملتزماً باحضار زيد مثلا وبعدفراغ
 ذمته لايكون موضوع الكفالة باقياً ولا مجال لبقاء الحكم مع انتفاء الموضوع.
- ه) قال في الجواهر في هذا المقام: «كماصر حبه غير واحد بل في الرياض
 نفي الخلاف فيــه على الظاهر » الخ. وما يمكن أن يذكــر في تقريب الحكم
 المذكور وجوه:

الوجه الاول: الاجماع فعن الصيمري دعوى الاجماع عليه. وفيه انهلااعتبار بالاجماع المنقول كسِاحقق في محله بل لو تحقق اجماع محصل لايترتب عليه كتاب الكفالة ______كتاب الكفالة _____

أثر لاحتمال استناد المجمعين الى الوجوه المذكورة في المقام.

الوجـه الثاني قاعدة نفي الضرر لاحظ ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في حديث ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال: لاضرر ولا ضرار (* ١) فان الضرر متحقق بفعل المخرج فعليه الضمان . وفيه اولا : ان التقريب المذكور على فرض تماميته يتوقف على الالتزام بمقالة المشهور وأما على مسلك شيخ الشريعة فلا، وثانياً : ان المستفاد من الحديث على ماهو المقرر عندهم نفي الحكم الضرري ولا يستفاد من القاعدة ثبوت أمر كالضمان المبحوث عنه في المقام .

الوجه الثالث شمول حديث «على اليد ما اخذت حتى تؤدي » (* ٢) للمقام وفيه ان حديث على اليد ضعيف سنداً مضافاً الى أن الاطلاق غير الاستيلاء اضف الى ذلك ان الطاهران الدليل يختص بالاعيان الخارجية .

الوجه الرابع: فحوى ما ورد في اطلاق القاتل لاحظ ما رواه حريزعن أبى عبدالله عليه السلام: قال: سألته عن رجل قتل رجلا عمداً فرفع الى الوالي فدفعه الى اولياء المقتول ليقتلوه فو ثب عليهم قوم فخلصوا الفاتل من أيدى الاولياء قال أرى أن يحبس الذي خلص « الذين خلصوا » القاتل من أيدى الاولياء حتى يأتوا بالقاتل قبل: فان مات الفاتل وهم في السجن ؟ قال: وان مات فعليهم الدية يؤدونها جميعاً الى اولياء المقتول (* ٣).

وفيه انه حكم خاص وارد في مورد مخصوص ولا أرى لتقريب الفحوى وجهاً وعلى هــذا الاساس تكون المسئلة مبتنية على الاحتياط الا أن يتم الامر بالاجماع

١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث : ٣

٧) مستدرك الوسائل الباب ١ من أبواب الغصب الحديث: ٤

٣) الوسائل الباب ١٥ من أبواب الضمان

(مسألة 11): ينحل عقدالكفائة بامورالاول: أن يسلم الكفيل المكفول الى المكفول له (۱ الثانى: أن يؤدي دينه (۱ الثالث: ما اذا أبرأ المكفول له ذمة المدين (الرابع: ما اذا مات المدين (الخامس ما اذا رفع المكفول له يده عن الكفالة (۰).

كتاب الصلح

الصاح عقد شرع للتراضي والتسالم بين شخصين في أمر: من تمليك عين أومنفعة أو اسقاط دين أوحق أو غير ذلك مجاناً أو بعوض ٦٠٠.

المدعى والتسالم فيما بين الةوم أو السيرة والله العالم .

- ١)كماهو ظاهر فانه مع التسليم يتم الامر ولا مجال للبقاءكما هو واضح .
 - ٢) اذ مع الاداء يتم الامر به.
 - ٣) اذ مع الابراء لاحق له عليه فلامجال للبقاء .
 - ٤) اذ مع موته لاموضوع للاحضار .
- ه) اذ مع رفع اليد لايبقى حق له فيلا مجال للاحضار والحمدالة وله المنة قد وقع الفراغ من كتابة كتاب الكفالة في ليلة السبت السابع من شهر شوال المكرم سنة ١٤٠٩ .
- ٦) لااشكال في أن الصلح الواقع في الخارج بين العقلاء يعم هـذه الأقسام ويمكن الاستدلال على جوازه بقوله تعالى: « وان امر أة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضاً فلاجناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير (* ١). فانقوله تعالى في ذيل الاية « والصلح خير » بيان لكبرى كلية تنطبق على ما ذكر في الاية.

١) النساء/١٢٨

كتاب الصلح _____كتاب الصلح _____

(مسألة 1): الصلح عقد مستقل ولايرجع الى سائر العقود وان افاد فائدتها فيفيد فايدة البيع اذاكان الصلح على عين بعوض وفائدة الهبة اذاكان على عين بغير عوض وفائدة الاجارة اذاكان على منفعة بعوض وفائدة الابراء اذاكان على اسقاط حق أو دين (١).

(مسألة ٢): اذا تعلىق الصلح بعين أومنفعة افاد انتقالهما الى المتصالح سواء أكان مع العوض أوبدونه وكذا اذا تعلق بدين على غير المتصالح له أوحق قابل للانتقال كحقي التحجير والاختصاص واذا تعلق بدين على المتصالح أفاد سقوطه وكذا الحال اذا تعلق بحق قابل للاسقاط وغير قابل للنقل والانتقال كحق الشفعة ونحوه (٢

ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه حفص بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الصلح جايز بين الناس (* ١) ويؤيد المدعى ما ارسله الصدوق قال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه والصلح جايز بين المسلمين الاصلحاً احل حراماً أو حرم حلالا (* ٢).

١) كما هـو ظاهر فان الصلح عبارة عـن المصالحة التي يعبر عنها في اللغة الفارسية بـ (سازش كردن) والذي يدل على المدعى صحة سلبعنوان البيع وكذا بقية العناوين عنها وان الأثر المترتب عليها في بعض الاحيان أثر البيع وقد يكون أثرها اثر الاجارة وهكذا فلاحظ.

٢)كما مــر فان الصلح عقد مستقل لكن أثره ربما يكون انتقال العين الـــي
 المتصالح واخرى يكون اثره انتقال المنفعة اليه وهكذا .

١) الوسائل الباب ٣ من أبواب الصلح الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث: ٢

(مسألة ٣) : يصح الصلح على مجردالانتفاع بعين كان يصالح شخصاً على أن يسكن داره أويلبس ثوبه في مدة أوعلى أن يكون جذوع سقفه على حائطه أو يجري ماءه على سطح داره أو يكون ميزابه على عرصة داره أو يكون الممروالمخرج من داره أو بستانه أو على أن يخرج جناحاً في فضاء ملكه أو على أن يكون أغصان أشجاره في فضاء ارضه و غير ذلك (ولافرق فيه بين أن يكون بلاعوض أو معه (" . (مسألة ٤) : يجري الفضولي في الصاح كما يجري في البيع

١) اذ المفروض عدم قبوله لاللنقل ولا للأسقاط فلامجال لوقوع الصلحعليه
 وان شئت قلت : الصلح الذي لايترتب عليه أي أثــر يكون لغواً فلا يشمله دليل
 الصحة .

٢) لاطلاق الادلة كتابـــاً وسنة مضافاً الى السيرة الخارجية العقلائية الممضاة
 عند الشارع فلاحظ.

٣) بعين التقريب وبعين الملاك .

إلى وحدة الملاك فان الدليل المثبت للفضولي في البيع جار في الصلحوقد تقدم في كتاب البيع ان العمدة في اثبات المدعى النص الخاص لاحظ ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده فقال ذاك الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما قلت: اصلحك الله ان الحكم بن عبينة وابراهيم النخعي واصحابهما يقولون: ان اصل النكاح فاسد ولا تحل اجازة السيد له فقال أبو جعفر عليه السلام: انه لم يعص الله وانما عصى سيده فاذا اجازه

(مسألة ۵): يجوز للمتداعيين أن يتصالحا بشبىء من المدعى به أوبشيىء آخر حتى مع انكار المدعى عليه (ويسقط بهذا الصلح حق الدعوى وكذا يسقط حق اليمين الذي كان للمدعي على المنكر فليس للمدعي يعد ذلك تجديد المرافعه (ولكن هذا قطع للنزاع ظاهر أولايحل لغير المحق ما ياخذه بالصلح وذلك مثل ما اذا ادعى شخص على آخر بدين فانكره ثم تصالحا على النصف فهذا الصلح وان أثر في سقرط الدعوى ولكن المدعي لوكان محقا فقدوصل اليه نصف في سقرط الدعوى ولكن المدعي لوكان محقا فقدوصل اليه نصف في اعتقاده لم يكن عليه اثم (نعم لورضى المدعي بالصلح عن في اعتقاده لم يكن عليه اثم (نعم لورضى المدعي بالصلح عن

فهو له جايز (*۱) فان مةتضى عموم العلمة المذكورة في الحديث صحة الفضولي على الاطلاق وتفصيل الكلامموكول الى بحث الفضولي في كتاب البيع فراجع) لما مر من جواز الصلح مطلقاً .

٢)سقوط حق الدعوى بالصلح يتوقف على قابلية اسقاط حق الدعوى وهذا اول الكلام والاشكال فان زيداً مثلا لو كانمديوناً لبكرهل يجوز اسقاط حق مطالبته؟ وعليه يشكل الجزم بما أفاده من أنه ليس للمدعي بعد ذلك تجديد الدعوى الا أن يقال انه لااشكال في أنه أمر عقلائي عليه السيرة الخارجية والشارع الاقدس لم يردع عنها والحال انمقتضى الاطلاق المقامي التعرض لفساده ان كان الصلح بهذا النحو فاسداً.

٣) لو كان الاسقاط ظاهرياً لايكون مؤثراً في السقوط الواقعي بليبقى الواقع

١) الوسائل الباب ٢٤ من أبو اب نكاح العبيد والاماء الحديث : ١

(مسألة ٦): لوقال المدعى عليه للمدعي صالحني لم يكن ذلك منه اقرار آبالحق لماعرفت من أن الصلح يصح مع الاقرار والانكار (٦ وأما لوقال بعنى أوملكني كان اقرار آ(٦.

(مسألة ٧): يعتبر في المتصالحين البلوغ والعقل والاختيار والقصد وعدم الحجر لسفه أوغيره (٤.

على حاله.

۱)كما هو ظاهر واضح .

۲) وان شئت قلت: لاتنافي بين الصلحوانكار الدعوى فلا وجه لكون طلب
 الصلح اقراراً .

٣) فان طلب البيع أو التمليك يستلزم الاقرار بالملكية فلاحظ.

٤) فان غير البالغ لااعتبار بتصرفاته كما انه لااعتبار بما يصدر عن المجنون كما ان دليل رفع الاكراه يرفع الاثر عن الانشاء الاكراهي كما ان ما يصدر عن الانسان بلا قصد لاأثر له بلا اشكال وأما عدم الحجر فانما يكون معتبراً فيما يكون التصرف مالياً وأما التصرف لولم يكن في المال وبعبارة اخرى لاوجه لعدم اعتبار الصلح الصادر من المحجور الا في مورد يكون التصرف في المال.

ويستفاد من حديثين عدم نفوذ أمر السفيه حتى بعد البلوغ احدهما ما رواه أبو الحسين عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز أمره ؟ قال: حتى يبلغ اشده قال: وما أشده ؟ قال: احتلامه قال: قلت: قديكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة او اقل او اكثر ولم يحتلم قال: اذا بلغ وكتب عليه

(مسألة ٨): يتحقق الصلح بكل ما يدل عليه من لفظ أو فعل أو نحو ذلك ولاتعتبر فيه صيغة خاصة ١٦

الشيء « ونبت عليه الشعر » جـاز عليه أمره الا أن يكون سفيها أو ضعيفاً (* ١)

فان المستفاد من هذه الرواية عدم نفوذ أمر السفيه على الاطلاق حتى بعد البلوغ ولو لم يكن التصرف مالياً فلو آجر نفسه لعمل لاتصح اجارته نعم لو لم يكن تصرفه الا نافعاً له كمالو قبل مايهبهغيره لايكون مشمو لاللحديث فان المذكور فيه عنوان جواز أمره عليه فلولم يكن عليه جاز الا أن يقال ان المستفاد من الحديث نفوذ الامر عليه وهذا العنوان يصدق على الاطلاق أي يصدق عنوان نفوذ الامر وجوازه عليه حتى فيما يكون تصرفاً نافعاً في حقه فقط ولذا يصح أن يقال: لو غسل زيد ثوبه يحكم عليه بكونه طاهراً وان شئت قلت: الحكم من الحاكم على المحكوم يستلزم عنوان الاستعلاء ولكن الاشكال في سند الحديث من حيث كون الخادم في السند وهو مجهول.

ثانيهما ما رواه ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سأله أبي وأنا حاضر عن قول الله عزوجل حتى اذا بلغ أشده قال: الاحتلام قال: فقال: يحتلم في ست عشرة وسبع عشرة سنة و نحوها فقال: اذا أتت عليه ثلاث عشرة سنة كتبت له الحسنات و كتبت عليه السيئات وجاز أمره الا أن يكون سفيها أو ضعيفاً فقال: وما السفيه ؟ فقال الذي يشتري الدرهم باضعافه قال وما الضعيف قال الابله (* ٢) فان المستفاد من هذه الرواية عدم جواز امر السفيه على الاطلاق لكن السند ضعيف أيضاً لضعف اسناد الشيخ الى ابن فضال.

١) لاطلاق دليله مضافاً الى السيرة الجارية الخارجية .

١) الوسائل الباب ٢ من ابواب الحجر الحديث: ٥

٢) الوسائل الباب ٤٤ من الوصايا الحديث: ٨

(مسألة ٩): لوتصالح شخص مع الراعي بان يسلم نعاجه اليه لبرعاها سنة مثلا ويتصرف في لبنها ويعطي مقداراً معيناً من الدهن مثلا صحت المصالحة (١ بل لو آجر نعاجه من الراعي سنة على أن يستفيد من لبنها بعوض مقدار معين من دهن أوغيره صحت الاجارة (٧٠.

(مسألة ١٠): لايحتاج اسقاط الحق أو الدين الى القبول (٣ وأما المصالحة عليه فتحتاج الى القبول^{(٤}.

(مسألة ١١): لوعلم المديون بمقدار الدين ولـم يعلم بـه الدائن وصالحه باقل منه لم تبرأذمته عن المقدار الزائد (الاأن يعلم برضا الدائن بالمصالحة حتى لوعلم بمقدار الدين ايضاً (ا

(مسألة ١٢): لاتجوز المصالحة على مبادلة مالين من جنس واحد اذاكانا مما يكال أويوزن مع العلم بالزيادة في احدهما على الاحوط(٧

١) لما مر من جواز الصلح على الاطلاق وما ذكر من مصاديق ذلك الكلي.

لوجود المقتضي وعدم المانح فانه لامانح من الاجارة المفروضة ومن
 ناحية اخرى الشرط الواقع في ضمن عقد الاجارة جايز ونافذ.

٣) فان الاسقاط ايقاع فلا يحتاج الى القبول.

٤) اذ المفروض ان المصالحة من العقود ويعتبر فيها الايجاب والقبول .

ه) اذ لاوجه للبرائة مع عدم قصد الدائن وتعلق قصده بالأقل.

٦)كما هو ظاهر لجواز المصالحة على الاطلاق كما تقدم .

٧) لااشكال في حسن الاحتياط وأما الجزم بالحرمة فلا وجه له بعداختصاص

(مسألة ١٣): لاباس بالمصالحة على مبادلة دينين على شخص واحد أوعلى شخصين فيما اذا لم يكونا من المكيل أو الموزون أولم يكونا من جنس واحد أوكانا متساويبن في الكيل أو الوزن وأما اذا كانا من المكيل أو الموزون ومن جنس واحد فجواز الصلح على مبادلتهما مع زيادة محل اشكال (١

(مسألة ١٤): يصح الصلح في الدين المؤجل باقل منه اذا كان الغرض ابراء ذمة المديون من بعض الدين و أخذ الباقي منه نقداً هذا فيما اذا كان الدين من جنس الذهب أو الفضة أوغيرهما من

دليل الحرمة بالبيع والالتزام بكون الصلح عقداً مستقلاكما سبق.

١) اذ يمكن احراز عدمها بالاصل اي استصحاب العدم الأزلي .

۲) اما عدم البأس في غير صورة الأخيرة فلعدم وجه للمنع وأما الاشكال في الصورة الاخيرة فلاحتمال الحرمة من اجل الربا ولكن قد مر انه لاوجه للاشكال مع كون الصلح عقداً مستقلا فلايشمله دليل المنع وأما على تقديرالشك فان قلنا بأن المقيد مجمل فايضاً لامجال للاشكال لأن اجمال المقيد المنفصل لايسريالي المطلق ومع التنزل عن هذه الجهة ان قلنا بجريان الاستصحاب في الشبهات المفهومية حكما نقول _ يمكن احراز عدم تحقق عنوان الربا فيحكم بالصحة وأما على القول بعدم جريان الاستصحاب _كما هو المقرر عندهم _ فلامجال للاخذ بدليل الصحة ولا بدليل الفساد لعدم جواز التمسك بالعام في الشبهة المصداقية لكن مقتضى الاصل العملي هو الفساد فلاحظ .

المكيل أوالموزون^{(۱} وأما في غيرذلك فيجوز البيع والصلح بالاقل منالمديون وغيره وعليه فيجوزللدائن تنزيلالكمپيالة في المصرف وغيره في عصرناالحاضرلانالدنانيرالرائجةليست ممايوزنأويكال^{(۲}

(مسألة ١٥): ينفسخ الصلح بتراضي المتصالحين بالفسخ ^٣ وكذا اذا فسخ من جعل له حق الفسخ منهما في ضمن الصلح^٤.

(مسأنة ١٦): لا يجرى خيار الحيوان ولاخيار المجلس ولاخيار التاخير في الصلح^{(٥} نعم لو أخر تسليم المصالح به عن الحد المتعارف أو اشترط تسليمه نقداً فلم يعمل به فللاخر أن يفسخ المصالحة ^{(١} وأما الخيارات الباقيه فهي تجري في عقد الصلح^{(٧}.

١) بلااشكال لعدم وجه للاشكال .

٧) الامركما افاده لعدم ما يقتضي عدم الجواز فيجوز ويصح فلاحظ.

٣) هذا مبنى على جريان الاقالة في غير البيع وهو محل الاشكال .

على القول بجواز جعل الخيار وقد مر الاشكال فيه الأأن يقال: ان السيرة الخارجية العقلائية جارية عليه والشارع الاقدس أمضى هذه السيرة.

ه) لعدم ما يقتضي الجريان بعد اختصاص الدليل بالبيع.

٦) بتقريب ان مرجعه الى جعل الخيارعند عدم الوفاء بالشرط وجعل الخيار
 جايز والاشكال فيه هو الاشكال المتقدم آنفاً .

٧) بدعوى ان دليلها دليل الشرط فيعم ويشكل الجزم بما ذكـر للاشكال في قصور دليل الشرط لاثبات هذه الدعوى الا أن يتم الامر بالسيرة المخارجية بأنيقال لااشكال في ثبوت هذه الخيارات بين العقلاء والمفروض عدم ردع الشارع عنها

كتاب الصلح _____ كتاب الصلح _____

(مسألة ۱۷): لوظهر العيب في المصالح به جاز الفسخ وأما اخذ التفاوت بين قيمتي الصحيح والمعيب ففيه اشكال^(۱).

(مسالة ۱۸): لواشترط في عقد الصلح وقف المال المصالح به اذا لم يكن للمصالح وارث بعد الموت صح ولزم الوفاء بالشرط (۲.

فيعلم امضائه لسيرتهم اذ المفروض امضاء الصلح ومع ذلك لم يتعرض لفساد ما يكون جارياً بينهم فلاحظ .

١) بتقريب ان جواز اخذ الارش يختص بالبيع فلا تجري في الصلح وأما
 الخيار فمن باب الشرط الضمنى والاشكال فيه هو الاشكال المتقدم .

۲) بتقریب ان مقتضی دلیل نفوذ الشرط صحة الشرط المذكور ووجوب العمل به ولكن يرد عليه ان عدم الوارث على الاطلاق لاموضوع له فان الامام عليه السلام وارث من لاوارث له فكيف يمكن الالتزام بالجواز ؟ الا أن يقال: ان اللفظ منصرف عن صورة كون الوارث الامام مضافاً الى أن المقصود من الكلام غيرواضح فان وجود الوارث وعدمه لادخل له في صحة هذا الشرط وعدمها فان المفروض ان المالك حال حياته نقل ملكه الى غيره واشترط عليه أن يقفه بعدمو ته والمفروض ان الشرط نافذ ومن ناحية اخرى لاينتقل المال المصالح به الى ورثة المصالح لكن لا يبعد أن يكون المراد من المتن ان اشتراط الوقف مقيد بعدم الوارث وأما مع وجود الوارث فلا .

لكن يرد عليه بأنه مسع وجود الوارث لايخرج مورد المصالحة عن ملك المتصالحومع بقائه في ملك المتصالح لامجال لانتقاله الى الوارث الا أن يرجع الامر الى اشتراط تمليكه من الورثة والله العالم وقد وقع الفراغ من كتابة كتاب الصلح في يوم الاربعاء العاشر من شهر شوال المكرم من السنة ١٤٠٩.

كتاب الاقرار

وهو اخبار عن حق ثابت على المخبر اونفي حق له على غيره (الله ولا يختص بلفظ بل يكفي كل لفظ دال على ذلك عرفاً ولولم يكسن صريحاً وكذا تكفى الاشارة المعلومة (الويشترط في المقر التكليف (الله والحرية فلاينفذ اقرار الصبي والمجنون ولااقرار العبد بالنسبة الى ما يتعلق بحق المولى بدون تصديقه مطلقاو لوكان مما يوجب الجناية على العبد نفساً أوطرفاً (وأما بالنسبة الى ما يتعلق به نفسه مالاكان أوجناية فيتبع به بعد عتقه (ويشترط في المقرله اهلية التملك ما الاكان أوجناية فيتبع به بعد عتقه (المشترط في المقرله اهلية التملك

١)كما هو المستفاد العرفي منه .

لعدم وجه الاختصاص بعدصدق المفهوم فاذا صدق يترتب عليه حكمه اعم
 من أن يكون بنحو الصراحة أو الاشارة كما هو ظاهر .

٣) العدم ترتب اثر على ما يصدر عن غير المكلف صبياً كان أو مجنوناً .

٤) اذ الاقرار لاينفذ في حق الغير .

٥) كما هو ظاهر لما مر من عدم اعتباره.

٦) قال في الجواهرفي هذا المقام (*١) « بلاخلاف ولا اشكال لعموم اقرار العقلاء » لاحظ ما عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال اقرار العقلاء على أنفسهم جائز (* ٢) .

۱) ج ۳۵ ص : ۱۰۸

٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب الاقرار الحديث : ٢

كتاب الاقرار ولو اقر للعبد فهوله لوقيل بملكه كما هوالظاهر (۱ ولو قال له على مال الزم به (۱ فان فسره بما لايملك لم يقبل (ولوقال هذا لفلان بل لفلان كان للاول وغرم القيمة لنثاني (۱ ويرجع في النقد والوزن والكيل الى عادة البلد (ومع التعدد الى تفسيره (ولواقر بالمظروف لم يدخل الظرف (۷ ولو اقر بالدين المؤجل ثبت

١)كما هو واضح اذ مع عدم الأهلية لامجال للنفوذ شرعاً .

٤) بمقتضى نفوذ الاقرار بالنسبة الى الأول والحيلولة بالنسبة الى الثاني قال في الجواهر في مقام تقريب الاستدلال على المدعى: « لأنه حال بينه وبينها فهو كالمتلف بلا خلاف معتد به اجده فيه لعموم اقرار العقلاء وللحيلولة التي سمعتها» الخ.

ويردعلى هذاالتقريب بأنه امانقول ان الاقرار الاول لنفوذه اوجب كون المقربه للأول فلاأثر للاقرار الثاني لآنه اقرار بالنسبة الى مال الغير واما نقول انالمتكلم مادام متشاغلا بالكلام له أن يلحق بكلامه من اللواحق ماشا، ولا مجال للحكم عليه مادام متشاغلا والمفروض ان كلمة الأضراب وضعت لأفاده الآضراب عن الاول والاثبات للثاني ومن ناحية اخرى ان الاشتباه أمر ممكن فيلزم أن يحكم للثاني فأما يحكم للأول بالتقريب الأول واما يحكم للثاني بالتقريب الثاني فعلى كلا التقديرين لايتم ما افيد في المتن الا أن يتم الامر بالتسالم والاجماع.

٢) لنفوذ الاقرارووجوب الاخذ به .

٣) اذ الانكار بعد الاقرار يحتاج الى الاثبات.

ه) للظهور العرفي .

٦) فانه المرجع في تفسير كلامه .

γ) لعدم ما يقتضي الدخول .

المؤجل (اولم يستحق المقراه المطالبة به قبل الاجل (ولو اقربالمردد بين الاقل والاكثر ثبت الاقل ولو ابهم المقرله فان عين قبل ولو ادعاه الاخركانا خصمين وللخرعلى المقر اليمين على عدم العلم انادعى عليه العلم (ولو ابهم المقربه ثم عبن فان أنكره المقرله ففي أن للحاكم أنتزاعه اواقراره في يده اشكال (والاظهر الثاني (مولو ادعى المواطاة على الاشهاد كان عليه اقامة البينة على المواطاة او احلاف المشتري على اقباض الثمن (أ. مسائل الاولى: اذا اقربولد

١) اذ لاوجه للتعجيل مع عدم دليل عليه .

٢) كما هو ظاهر فان الاستحقاق يحتاج الى الدليل.

٣) اذ الاكثر لم يقع مورد الاقرار فلا وجه لثبوته والاصل عدمه .

٤) فان المقر هو المرجع في النفسير لأنه ذويد فيقبل قوله وربما يقال كما
 في الجواهر: « انه بعد الاقرار الاول لاأثر لقوله وبعبارة اخرى بعد الاقرار بكونه
 للغير تخرج العين عن يده .

ه) فلابد من اجراء قوانين الدعوى والقضاء .

٦) اذ المفروض ان الاخر يدعيعلم المقر بكون المال له فعليه البينة ووظيفة المقر اليمين لكونه منكراً .

γ) فربما يقال ان للحاكم انتزاعه لأنه وليمن لاولي له وربما يقال له ابقائها في يده اذ لم يثبت عدوانه .

٨) لأنه مكلف بايصاله الى صاحبها فلا وجه لانتزاعها من يده فلاحظ .

٩) على مــا هو مقنضى قانون الدعاوي من كون البينة على المدعي واليمين
 على من انكر فلاحظ .

اوأخ أواخت أوغير ذلك نفذاقراره مع احتمال صدقه فيما عليه من وجوب انفاق أوحرمة نكاح أومشاركة في ارث ونحو ذلك (اوأما هالنسبة الى غير ما عليه من الاحكام ففيه تفصيل فان كان الاقرار بالولد فيثبت النسب باقراره مع احتمال صدقه وعدم المنازع اذاكان الولد صغيراً وكان تحت يده (٢

١) لنفوذ الافرار على النفسمع احتمال الصدق وأما مع عدم احتمال الصدق
 فلا مجال لنفوذه كما هو ظاهر .

٢) ويمكن الاستدلال بحديث ابن الحجاج قال سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الحميل فقال: واي شيء الحميل ؟ قال: قلت المرأة تسبى من ارضها ومعها الولد الصغير فتقول: هو ابني والرجل يسبي فيلقى اخاه فيقول هـو اخي وليس لهم بينة الا قولهم قال: فقال ما يقول الناس فيهم عندكم ؟ قلت: لايورثونهم لأنه لم يكن لهم على ولادتهم بينة وانما هي ولادة الشرك فقال: سبحان الله اذا جائت بابنها أوبابنتها ولم تزل مقرة به واذا عرف اخاه وكان ذلك في صحة منهما ولم يزالا مقرين بذلك ورث بعضهم من بعض (* ١).

وذكر الماتن لاعتبار الاقرار بالولد بحيث يلحق بالمقر شروطاً: الاول: احتمال صدقه في دعواه فانه مع عدم احتمال صدقه لامجال للأخذ باقراره كمامر آنفاً وان شئت قلت: الاقرار من الامارات والامارة حجة في صورة احتمال مطابقتها مع الواقع.

الثاني : عدم المنازع وقيل في وجهه : انسه يتعارض الاقرار ان مضافاً الى النصوص الواردة في وطي الشركاء الامة المبتاعة منها ما رواه معاوية بـن عمار

١) الوسائل الباب ٩ من أبواب ميراث ولد الملاعنة الحديث : ١

عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا وطيء رجلان أو ثلاثة جارية في طهر واحد فو لدت فادعوه جميعاً اقرع الوالي بينهم فمن قرعكان الولد ولده ويردا قيمة الولد على صاحب الجارية قال فان اشترى رجل جارية وجاء رجل فاستحقها وقدولدت من المشتري رد الجارية عليه وكان له ولدها بقيمته (*١).

ومنها ما رواه سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال قضى علي عليه السلام في ثلاثة وقعوا على امرأة في طهر واحد وذلك في الجاهلية قبل أن يظهر الاسلام فأقرع بينهم فجعل الولد للذي قرع وجعل عليه ثلثي الدية للاخرين فضحك رسول الله صلى الله عليه وآله حتى بدت نواجده قال: وقال: ما اعلم فيها شيئاً الا ما قضى على عليه السلام (* ٢).

ومنها ما رواه الحلبي ومحمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا وقع الحرو العبد والمشرك بامرأة في طهرو احد فادعوا الولد اقرع بينهم فكان الولد للذي يخرج سهمه (* ٣).

فان تلك النصوص تدل على الزوم التعيين بالقرعة مع فرض التنازع فتدل على لزومها في المقام بالاولوية _ كما في الجواهر _ ويمكن أن يقال: ان مقتضى حديث ابن الحجاج هو الالحاق ولومع وجود المنازع ولانرى وجهاً للاولوية المدعاة .

الثالث أن يكون الولد صغيراً كما صرح في الخبر المشار اليه يقوله « ومعها الولد الصغير ».

الرابع: أن يكون تحت يده ويدل عليه قوله عليه السلام في الخبر «ومعها الولد الصغير».

١) الوسائل الباب ٥٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث: ٢

٣) نفس المصدر الحديث: ٣

ولا يشترط فيه تصديق الصغير ('ولا يلتفت الى انكاره بعد بلوغه (' ويثبت بذلك النسب بينهما وبين أولادهما وسائر الطبقات ("وأما في غير الولد الصغير فلاأثر للاقرار الامع تصديق الاخر (' فان لهم يصدقه الاخرلم يثبت النسب ("وان صدقه ولاوارث غيرهما توارثا (' وفي ثبوت التوارث مع الوارث الاخر اشكال والاحتياط لا يترك ('

٣)فانه مقتضى ثبوت كون الولد ولداله بمقتضى النص وبعبارة اخرى يستفاد منالنص ترتب أحكام الولادة منه على الاطلاق والذي يختلج بالبال في هذه العجالة انه ان تم المدعى بالاجماع فهو والا فللمناقشة مجال اذ لايستفاد من حديث ابن الحجاج العموم فتأمل.

٤) فان الالحاق على خلاف القاعدة وانما نخرج عن القاعدة بالمقدار المستفاد من النص لاحظ ما رواه الاعرج عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجلين حميلين جييء بهما من أرض الشرك فقال احدهما لصاحبه: أنت أخي فعرفا بذلك ثم اعتقاو مكثا مقرين بالاخاء ثم ان احدهما مات قال: الميراث للاخ يصدقان (١٠٠) كما هو المستفاد من حديث الاعرج.

١) وعن جامع المقاصد الاجماع عليه واطلاق الخبر يقتضيه .

٢) ببلا خلاف اجـده فيه كما اعترف به غير واحد ــ هكذا في الجواهر ــ
 والوجه في عـدم الالتفات ان النسب ثبت قبل البلوغ بالنص فــلا وجه لاعتبار انكاره .

ه) دما هو المسفاد من حديث ال

٦)كما نص به في الخبر .

٧) والوجه في الاشكال عدم دلالة النص فان الظاهر منه بيان الحكم اصورة

١) الوسائل الباب ٩ من أبواب ميراث ولد الملاعنة الحديث: ٢

وكذلك في تعدى النوارث الى غيرهما (ا ولايترك الاحتياط ايضاً فيما لواقربولد أوغيره ثم نفاه بعد ذلك (الثانية: لواقرالوارث باولى منه دفع ما في يده اليه ولوكان مساوياً دفع بنسبة نصيبه من الاصل ولواقر باثنين فتتناكرا لم يلتفت الى تناكرهما فيعمل بالاقرار (أولكن تبقى الدعوى قائمة بينهما ولو أقرباولى منه في الميراث ثم أقرباولى من المقرله قبل كما اذا اقرالعم بالاخ شم اقربالولد فان صدقه دفع الى الثالث والافالى الثاني و يغرم للثالث (ولو اقرالولد بآخر ثم أقرا بالى الثالث وأنكر الثالث الثاني كان للثالث النصف وللثاني السدس (٧)

انحصار الوارث.

- ٣) فان اقراره بالنسبة الى ما في يده نافذ من باب نفوذ اقرار العقلاء.
 - ٤) فان مقتضى نفوذ الاقرار دفع ما في يده اليهما .
 - ه)كماهو ظاهر فانها باقية الى أن ترتفع بالاسباب الشرعية .
 - ٦)كما مر الكلام في نظير المقام مع ما سبق من الاشكال فراجع.
- γ) بتقريب ان ارث الثالث ثابت باعتراف الاولين فهو احد الاثنين المتفق عليهما فيكون له النصف والأول الثلث لأنه باعترافه احد الثلاثة فليس له الاثلث التركة ويبقى للثاني السدس .

١) لا يبعد أن يكون وجه الاشكال اختصاص الدليل بهما ولا دليل على
 التعدي .

۲) الظاهر ان منشأ الاشكال قوله في الحديث « ولم تزل مقرة به » وقوله عليه السلام أيضاً « ولايز الا مقرين بذلك » فيستفاد من الرواية اشتراط دوام الاقرار وعدم النفي والله العالم .

كتاب الوكالة ----- كتاب الوكالة -----

ولوكانا معلومي النسب لايلتفت الى انكاره (الثالثة يثبت النسب بشهادة عدلين (الابرجل وامراتين ولابرجل ويمين اولوشهد الاخوان بابن للميت وكانا عدلين كان أولى منهما ويثبت النسب (ولا كانا فاسقين بثبت الميراث اذا لم يكن لهما ثالث وون النسب (ا

كتاب الوكالة

ولابد فيها من الايجاب والقبول'^٧

ولا يبعد أن يقسال بقسمة المال بينهم اثلاثاً فان اقرار الأولين بثالث ليس الا اقراراً باستحقاقه ثلث المال فلايستحق الابهذا المقدار ولاأثر لانكاره نسب الثاني فلاحظ والله العالم بحقايق الامور.

- ١)كما هو ظاهر فلا تغفل.
- ٢) بلاكلام لعموم حجية البينة .
- ٣) فان قبول الشهادة واثبات المشهود بها يحتاج الى الدليل ولا دليل عليه
 في المقام .
 - ٤) لحجية البينة .
 - ه) لنفوذ الاقرار .
- ٦) لعدم الدليل على الاعتبار فلاحظ والحمدالة اولا و آخراً وظاهراً وباطناً.
 γ) أفاد السيد اليزدي قدس سره بأنه « لايشترط في الوكالة القبول ولذانرى انه لو قال وكلتك في بيع داري فباعها صح بيع الدار والظاهر الصحة ولو مع غفلة البايع عن الوكالة وقصد النيابة وهذا دليل عدم تقوم الوكالة بالقبول وأيضاً نرى انه لو وكله وهو غائب في أمر فقبل الوكيل الوكالة بعد مضى ايام تصح والحال

انه لايجوز الفصل بيـن الايجاب والقبول فالحق أن يقال: ان الوكالـة تتحقق بالايجاب والقبول تارة وبالاذن في التصرف اخرى » هذا ملخص كلامه رفع في علو مقامه .

ويمكن أن يرد على ما أفاده اولا: بأن صحة البيع لاتدل على تحقق الوكالة بدون القبول بل الصحة من باب خروج البيع عن الفضولية بالاذن الصادر مسن المالك ويسرد على ما أفاده ثانياً: انه لادليل على اشتراطكون القبول متصلا بالايجاب بل يجوز الفصل مع بقاء الايجاب بقوته السابقة ولذانرى صحةالهدية والهبة ولو مع عدم اتصال قبولهما بل تجوز ان ولو مع الفصل الزماني الطويل وربما يستدل على اشتراط القبول فيها بأنه اذا تحققت بلاقبول يلزم النصرف في نفس الغير بدون رضاه وهدا ينافي سلطنة كل احد على نفسه وفيه اولا: انه لااشكال في أن الاذن في التصرف يقتضي أن يصير المأذون مأذوناً في التصرف بلا اختيار منه وهل يمكن أن يقال: انه لايتحقق الاذن ولا يصير المأذون مأذوناً كل احد على نلتم في لذم أن يكون الشخص مسلطاً على الغير على خلاف قانون سلطنة كل احد على نفسه وثانياً لابد من ملاحظة الدليل فان اقتضى تحقق الوكالة بلا قبول نلتزم والافلا .

اذا عرفت ما تقدم نقول الذي يخطر بالبال أن يقال: ان الوكالة من العقود الامضائية وهي أمر رائج بين العقلاء والظاهر تقومها بالايجاب والقبول ولاتتحقق الوكالة بلا قبول ولو التزمنا بعدم قوامها بالقبول وقلنا بتحققها بمجرد الايجاب ، يلزم تحققها دائماً بالايجاب ولا مجال لآن يقال: انها على قسمين: تتحقق تارة بالايجاب والقبول و تتحقق اخرى بالايجاب فقط، اذمع تحققها بالايجاب لاتصل النوبة الى القبول .

وان كان فعلا^١ أومتاخر آ^٦ ولا يشترط فيها التنجيز فلو علقها على شرط غير حاصل حال العقد أو مجهول الحصول حينه فا ظاهر الصحة (٣ ويصح تصرف الوكيل حينئذ عند تحقق الشرط ^{١١} وهي جائزة مسن الطرفين (٩

وبعبارة اخرى مع تحققها بالايجاب يكون القبول الواقع بعدها أمراً اجنبياً عنها فصفوة القول: انه تارة يتحقق الاذن واخرى تتحقق الوكالة أما على الأول فلا يحتاج الى القبول كماهو ظاهروأما على الثاني فيحتاج الى القبول والله العالم) اذ لايشترط في تحققه اللفظ بل يصدق ولو بالقبول الفعلي فيترتب عليه أثره .

٢) بلا اشكال اذ لادليل على اشتراط التوالي بين ايجابها وقبولها بل تصدق
 ولو مع الفصل بين الايجاب والقبول وهذا العرف ببابك وهذه السيرة العقلائية
 نصب عينك .

٣) بتقريب: انه لادليل على اشتراط التنجيز في العقود الا الاجماع والقدر المعلوم منه غير المقام ولكن ادعي الاجماع على الاشتراط في خصوص المقام الا أن يقال: انه ليس اجماعاً محصلا بلغايته الاجماع المنقول ولا اعتبار بهمضافا الى أنه لو فرض تحصيله يكون محتمل المدرك فلا يكون اجماعاً تعبدياً كاشفاً عن رأيه عليه السلام.

إ) اذ المفروض ان دائرة الوكالة مضيةة والاذن في التصرف في اطارخاص
 ه) بـــلا خلاف اجــــده بل الاجماع بقسميه عليه ـــ هكذا في الجواهر ــ فاذا
 ثبت الاجماع التعبدي الكاشف عن رأى المعصوم فهوو الا فيشكل الجزم بالمدعى
 لأن مقتضى اصالة اللزوم في كافة العقود المستفادة من قوله تعالى او فو ابالعقود (١٤)

١) المائدة/١

ولكن يعتبر في عزل الموكل له اعلامه به فلو تصرف قبل علمه به صح تصرفه (١ و تبطل بالموت(٢

ان كل عقد لازم الا ما خرج بالدليل نعم بالنسبة الى الموكل فقد دلت جملة من النصوص على جواز عزله الوكيل:

منها: ما رواه معاوية ين وهب وجابر بن يزيــد جميعاً عـن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال: من وكل رجلا على امضاء امرمن الامور فالوكالة ثابتة ابداً حتى يعلمه بالخروج منهاكما أعلمه بالدخول فيها (* ١).

ومنها ما رواه هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل وكل آخر على وكالة في أمر من الامور وأشهد له بذلك شاهدين فقام الوكيل فخرج لأمضاء الأمر فقال: أشهدوا اني قد عزلت فلاناًعن الوكالة فقال: ان كان الوكيل أمضى الأمر الذي وكل فيه قبل العزل فان الأمر واقع ماض على ما امضاه الوكيل كره الموكل أم رضى (* ٢).

١) كما يستفاد من النص لاحظ حديث ابن وهب المتقدم ذكره آنفاً ويدل على
 المدعى أيضاً حديث هشام المتقدم .

٢) أما بموت الوكيل فلااشكال في البطلان لعدم ما يقتضي انتقالها بالارث الى وارثه وأما بموت الموكل فيظهر من كلام الجواهر ان البطلان مورد الاجماع وذكر في وجه البطلان أيضاً: ان المال ينتقل بالموت الى الوارث فلاوجه لجواز تصرف الوكيل . واورد فيه بأنه لايتم المدعى في الثلث والحق أن يقال : ان الوكيل نايب عن الموكل والمفروض ان الموكل بنفسه معزول عن التصرف فلا مجال للنيابة فلاحظ .

١) الوسائل الباب ١ من أحكام الوكالة الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ٢ من أحكام الوكالة الحديث : ١

كتاب الوكالة ______

وتلف متعلقها (ا وفعل الموكل (ا وتبطل الوكالة بجنون الموكل الوباغمائه حال جنونه واغمائه (ا وفي بطلانها مطلقاً حتى بعد رجوع العقل والافاقة اشكال (ا وتصح الوكالة فيما لايتعلق غرض الشارع بايقاعه مباشرة ويعلم ذلك ببناء العرف والمتشرعة عليه (ا ولايتعدى الوكيل الماذون حتى في تخصيص السوق الااذا علم انه ذكره من باباحدالافراد (اولوعمم التصرف صح مع المصلحة (الافي الاقرار الولواعمم التصرف على المصلحة (الافي الاقرار الولواعمم التصرف على المصلحة (الافي الاقرار الافراد)

- ١) لانتفاء الموضوع ومع انتفائه لامجال لبقائهاكما هو ظاهر .
 - ۲) الكلام فيه هو الكلام فلاحظ.
- ٣) اذ المجنون لايترتب اثر على تصرفاته فكيف بتصرف وكيله مضافاً الى
 الاجماع المدعى في المقام .
- ٤) العمدة فى وجه الاستدلال هو الاجماع المدعى في المقام وربما يقال: ان الوكيل نائب عن الموكل ومع سقوط الموكل عن الاعتبار لامجال لتصرف نايبه ووكيله نعم في النائم والسكران نقطع ببقائها وعدم بطلانها.
- ه) تظهر من عبارة الاصحاب بطلانها بهما ومع فرض البطلان لادليل على
 رجوعها ، وملخص الكلام ان المدرك الاجماع والتسالم المدعى .
 - ٦)كما هو ظاهر فانه يعلم من السيرة العقلائية وسيرة المتشرعة .
 - ٧)كما هو ظاهر اذ ميزان الجواز وعدمه منوط باذنه .
- ٨) اذ لاوجه للتقييد وعدم العموم بل ان ثبت الاجماع على البطلان في صورة عدم المصلحة فهـو والا لكان للالتزام بالصحة مجال الا أن يقال: انه لادليل على التعميم فالقصور في المقتضي.
- ٩) ان ثبت اجماع تعبدي على عدم الجواز فهو والا فيمكن أن يكونالوجه

نعم اذاقال انت وكبلي في ان تقرعلي بكذا لزيد مثلا كان هذا اقراراً منه لزيد به (۱ والاطلاق يقتضي البيد عالا بثمن المثل بنقد البلد وابتيا عالصحيح وتسليم المبيع وتسليم الثمن بالشراء والرد بالعيب (۲ ولايقتضي وكالة الخصومة عند القاضي الوكالة في القبض وكذلك العكس (۳ ويشترط اهلية التصرف في الوكيل والموكل (نفيصح توكيل الصغير فيما جاز له مباشرته كالوصية اذا بلغ عشراً (١

فيه عدم جريان الوكالة فيه وانه غير قابل للتوكيل فيه بــل لايتحقق الا بالمباشرة ويمكن أن يكون الوجه في المنع ان نفسوذ الاقرار على المقر ، مختص بصورة المباشرة والله العالم .

- ١) فانه مصداق للاقرار فيؤخذ به .
- لفان الظاهر لولا القرينة يقتضي ذلك وبعبارة اخرى الطبع الأولى في المعاملات يقتضي هكذا وعليه تحقق الوكالة في غير النحو المذكور يتوقف على الاثبات.
- ٣) لعدم الدليل وكلمنهما اعممن الاخر فثبوت الوكالة في احدهما لايستلزم
 تحققها في الاخر .
 - ع) بلا اشكال ولاكلام .
- ه) اذ بعد قيام الدليل على جواز وصيته على ما هو المقرر عندهم في كتاب الوصية من جواز وصيته اذاكان له عشر سنين يجوز توكيله اذيبعد أن تكون المباشرة شرطاً بـل يمكن أن يستدل على المدعى باطلاق مـا دل على جواز وصيته فان مقتضى الاطلاق جوازها مباشرة و توكيلا لاحظ ما رواه أبو بصير يعني المرادي عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قـال: اذ بلغ الغلام عشر سنين وأوصى بثلث ماله في

كتاب الوكالة _____ من الصغيرو كيلا واوبدون اذن وليه (ا ولووكل العبد

حق جازت وصيته واذاكان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حقجازت وصيته (* ۱) .

١) بتقريب انه لادليل على سلب عبارته وانشائه وفيه انه قد دل الدليل عليه لاحظ ما رواه ابن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال عمد الصبي وخطاه واحد (* ٢) فان المستفادمن الحديث ان عمدالصبي في حكم خطائه وتخصيص الرواية بباب الجنايات لاوجه له .

بل يمكن الاستدلال على المدعى بمارواه عمار الساباطيعن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عـن الغلام متى تجب عليه الصلاة ؟ قال: اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة، فان احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم والجارية مثل ذلك ان اتى لها ثلاث عشرة سنة أوحاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلوة وجرى عليها الفلم (* ٣).

فان المستفاد من الحديث ان القلم على الاطلاق مرفوع عن الصبي فلايترتب على افعاله اثر وبعبارة اخرى : الفلم مرفوع عنه بلا فرق بين التكليف والوضع ولاوجه للالتزام بأنه مخصوص بالتكليف وعلى هذاالاساس لافرق بين كونه مأذوناً من وليه وبين أن لايكون .

قال في الجواهر: «لاتصح وكالة الصبي لسلب عبارته وفعله فضلا عن عدم جواز تصرفه مميزاً كان أو لم يكن اذن فيه وليه أولم يأذن كماعرفته غيرمرة (*٤)

١) الوسائل الباب ٤٤ من ابواب الوصايا الحديث : ٢

٢) الوسائل الباب ١١ من ابواب العاقلة الحديث : ٢

٣) الوسائل الباب ٤ من أبواب مقدمة العبادات الحديث : ١٢

٤) الجواهر ج ٢٧ ص: ٣٨٧

فان المستفاد من كلامه ان توكيله باطل لسلب عبارته وحكم الأمثال واحد فلاحظ وقال أيضاً في شروط الوكيل: «ويعتبر فيـه البلوغ وكمال العقل بلا خلاف ولا اشكال » (*۱) .

١) قال في الجواهر : « لااشكال ولا خلاف في أنه يجوز وكالة العبد اذااذن
 له مولاه للعمومات» الخ (* ٢) والأمركما افاده .

٢) بلا اشكال فـان الأمر والأختيار بيد الموكل فلابد من اذنه وبدون اذنه
 لايصح .

۳) فانه وليهم فله التوكيل عنهم ويمكن أن يقال: ان الحاكم حيث انهوليهم
 فتارة يقيم بأمرهم مباشرة واخرى يوكل غيره فالوكيل وكيل المحاكم لالهم فلاحظ

٤) الذي يخطر ببالي القاصر عاجلاانهم يستحب لهم أن يحفظوا كرامتهم كي لايهانو افيستحب التوكيل فتأمل مضافاً الى بعض النصوص منها: ما روي انه صلى الله عليه و آله و كل عمرو بن امية الضميري في قبول نكاح أم حبيبة و كانت بالحبشة ووكل أبار افع في قبول نكاح ميمونة بنت الحرث الهلالية خالة عبد الله بن العباس ووكل عروة بن الجعد البارقي في شراء شاة الاضحية ووكل السعاة في قبض الصدقات (٣٣).

ومنها ما روي ان علياً عليه السلام وكل اخاه عقيلا في مجلس أبي بكر أو عمر وقال: هذا عقيل فما قضى عليه فعلي وما قضى له فلي ووكل عبدالله بن جعفر في مجلس عثمان (* ٤) .

١) الجواهرج ٢٧ ص: ٣٩٣

٢) الجواهر ج ٢٧ ص: ٣٩٥

٣ و ٤) مستدرك الوسائل الباب ٢٠ من أبواب الاجارة الحديث : ٣ و٤

كتاب الوكالة ------

ولايتوكل الذمي على المشهور ولكن الاظهر الجراز (1 ولايضمـن الوكيل الابتعدأو تفريط⁽¹ ولاتبطل وكالته به⁽¹⁷والقول قوله مع اليمين

العدم مـا يقتضي المنع ونفى سبيل الـكافر على المسلم لايرتبط بالمقام
 وامثاله .

٢) قبال في الجواهر: « لاخسلاف بين المسلمين ولا اشكال في أن الوكيل سواء كان بجعل أو غيره كما هو صريح بعض وظاهر الباقين امين بالنسبة الى أنه لايضمن ما تلف في يده الا مع التفريط او التعدي كغيره من الأمناء» الخ.

وتدل على عــدم ضمان الامين جملة من النصوص منها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال الإاهلكت العارية عند المستعير لم يضمنه الاأن يكون اشترط عليه (* ١).

ومنها ما رواه عبدالله بن سنان قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن العارية فقال لاغرم على مستعير عارية اذا هلكت اذا كان مأموناً (٢*).

ومنها ما رواه محمد بسن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عـن العارية يستعيرها الانسان فتهلك أو تسرق فقال: ان كان اميناً فلا غرم عليه (* ٣) ومنها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان وقال: ليس على مستعير عارية ضمان وصاحب العارية والوديعة مؤتمن (*٤)

٣) لعدم التنافي بين صيرورة اليد يــد ضمان وبقاء وكالته على ما هي عليها
 لامنجهة بقائها بالاستصحاب كي يقال: ان الاستصحاب الجاري في الشبهة الحكمية

١) الوسائل الباب ١ من العارية الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث: ٣

٣) نفس المصدر الحديث: ٧

٤) نفس المصدر الحديث: ٦

معارض بعدم الجعل الزايد بل من جهة ان الوكالة اذا ثبتت لاتزول الابالرافع . ١) اذ العدم موافق للأصل فالقول قول منكر التفريط والافراط .

۲) الكلام فيهما هو الكلام فان مقتضى الاصل عدم العزل كما ان مقتضاه عدم
 حصول العلم به .

٣) الذي وكل فيه وانكر ذلك الموكل مثل أن يقول: بعت المتاع وتلف الثمن مني أو قال: قبضت له وتلف مني وانكر ذلك الموكل ويترتب على الأول غرامة الوكيل المبيع عيناً أو قيمة وفي الثانى عدم غرامة الثمن من الموكل لكون المبيع تلف قبل قبضه فربما يقال: بأن القول قول الموكل لكون قوله موافق للأصل وعن جامع المقاصد انه امتن دليلا وعن مجمع البرهان كأنه أظهر.

وفي قبال هذه الاستدلالات يمكن أن يقال: ان القول قول الوكيل لقاعدة من ملك شيئاً ملك الاقرار به ولأنه امين قد نهي عن تخوينه الذي منه تكذيبه لاحظ ما رواه مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ليس لك أن تتهم من التمنته ولا تأتمن الخائن وقد جربته (* ١) ، وانه محسن وليس عليه من سبيل وان في عدم تصديقه العسر والحرج المنفيين بالدليل واختلال نظام المعاملات بانصراف رغبة الناس عن معاملات الأولياء والوكلاء والمأذونين خصوصاً في المضاربات ولأن الموكل بتوكيله اقدم على قبول قوله فيما يفعل فيجب أن يصدقه كما الزم بتصديقه في دعوى التلف التي يكون الملاك فيها كونه اميناً وصاحبيد على ما اؤتمن فيه فلاحظ.

٤) الظاهر ان منشأ الاشكال انه يقبل قول الودعى عندالأصحاب في الردو المقام

١) الوسائل الباب ٩ من أبواب الوديعة الحديث : ١

واوادعى الوكيل التلف فالقول قوله الااذاكان متهما فيطالب بالبينه (القول قول منكر الوكالة (القول الموكل لوادعى الوكيل الاذن في البيع بشمن معين فان وجدت العين استعيدت فان فقدت أو تعذرت

كذلك من حيث الاحسان فالقول قوله ومن ناحية اخرى ان قوله مخالف الأصل فعليه البينة ولا وجه لقياسه على الودعي ولا يبعد ان هـذا اقرب باصول المذهب كما في كلام المحقق قدس سره .

١) لا يبعد أن يكون التفصيل المذكور في المتن مستفاداً من جملة من النصوص لاحظ ما رواه أبو بصير يعني المرادي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لا يضمن الضائمة ولا القصار ولا الحائك الا أن يكونوا متهمين فيخوف فيجيئون بالبينة ويستحلف لعله يستخرج منه شيئاً وفي رجل استأجر جمالا فيكسر الذي يحمل أو يحريقه فقال على نحو من العامل ان كان مأموناً فليس عليه شيء وان كان غير مأمون فهو ضامن (* ١).

وما رواه أبوبصير أيضاًعن أبي عبدالله على السلام قال: كان علي عليه السلام يتفضل يضمن القصار والصائخ يحتاط به على أمو ال الناس و كان أبو جعفر عليه السلام يتفضل عليه اذا كان مأموناً (*٢) ومارواه معاوية بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الصباغ والقصار فقال: ليس يضمنان قال الشيخ يعني اذا كانامأمونين فاما اذا اتهما ضمنا بحسب ما قد منا (*٣) ، فان المستفاد من هذه الروايات انه مع الاتهام يجب على الأمين اقامة البينة.

٢) لأن قوله موافق للأصل .

١) الوسائل الباب ٢٩ من الاجارة الحديث: ١١

٢) نفس المصدر الحديث ٢٢

٢) نفس المصدر الحديث: ١٤

فالمثل أوالقيمة ان لم يكن مثلياً (ولوزوجه فانكر الموكل الوكالة حلف (وعلى الوكالة حلف (وعلى الوكيل نصف المهرلها (الم

١) فان الأصل عدم الاذن ومع عدم الاذن يتحقق الضمان بالمثل في المثلى
 وبالقيمة في القيمي على ما هو المقرر عند القوم .

٢) فان اليمين على من انكر فما افاده على طبق القاعدة .

٣) استدل على المدعى بجملة من النصوص: منهاما رواه عمر بنحنظلة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل قال لاخر: اخطب لي فلانة فمافعلت من شيء مما قاولت من صداق أوضمنت من شيء أو شرطت فذلك لي رضاًوهو لازم لي ولم يشهد على ذلك فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسألوه فلما رجع اليه أنكر ذلك كله قال: يغرم لها نصف الصداق عنه وذلك انه هو الذي ضيع حقها الحديث (*١) وهذه الرواية ضعيفة بعمر بن حنظلة.

ومنها ما رواه ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام انه سأله عن رجل زوجته امه وهو غايب قال النكاح جايزان شاءالمتزوج قبل وان شاء تركفان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأمه (* ٢).

ومنها ما رواه أبو عبيدة عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل امر رجلا أن يزوجه امرأة مناهل البصرة من بني تميم فزوجه امرأة مناهل الكوفة من بني تميم قال: خالف امره وعلى المأمور نصف الصداق لأهل المرأة ولاعدة عليها ولا ميراث بينهما فقال بعض من حضر: فانأمره أن يزوجه امرأة ولم يسمأرضاً ولا قبيلة ثم جحد الامر أنه يكون أمره بذلك بعد ما زوجه فقال: ان كان للمأمور بينة ان كان أمره أن يزوجه كان الصداق على الامروان لم يكن له بينة كان الصداق على المأمور لأهل المرأة

١) الوسائل الباب ٤ من أبواب الوكالة الحديث: ١

γ) الوسائل الباب γ من أبواب عقد النكاح وأوليانه الحديث: ٣

وعلى الموكل انكانكاذباً في انكاره الزوجية طلاقها (أولو لـم يفعلوقد علمت بكذبه رفعت امرهاالى الحاكم ليطلقها بهدامرا ازوج بالانفاق عليها وامتناعه (أولووكل اثنين لـم يكن لاحدهما الانفراد بالتصرف الااذاكانت هناك دلالة على توكيل كل منهما على الاستقلال ("" ولا تثبت الابشاهدين عدلين (ا

ولاميراث بينهما ولا عدة عليها ولها نصف الصداق ان كان فرضا لها صداقاً (*١) والسند معتبر .

١) لااشكال في حرمة التكذيب كما انه لااشكال في وجوب القيام بوظائف
 الزوجية وأما وجوب الطلاق فلم يظهرلي وجهه الا أن يقال: انها تقع في الحرام
 اذا لم يطلقها وفيه ان الدليل أخص من المدعى مضافاً الى ما فيه من الاشكال.

آن تعرض الماتن لحكم من لاينفق على زوجته في المسئلة (٤) من مسائل
 النفقات وقد شرحنا كلامه هناك فراجع ما ذكرناه هناك .

٣)كما هو ظاهر اذ الأمر بيد الموكل وباختياره ولا يجوز التخطي عن امره فلو كانت الوكالة للمجموع لم يكن لواحد الاقدام بالانفراد الا مع قيام دليل على استقلال كل منهما منفرداً عن الاخر.

٤) لا يبعد أن يكون الماتن ناظراً الـى صورة النزاع والاختلاف وبعبارة اخرى: تارة يقع الكلام في أن الوكالة بأي طريق تثبت واخرى في اثباتها عند المرافعة أما في الصووة الأولى فطريق اثباتها كبقية الموضوعات الخارجية وأما اثباتها فـي صورة المخاصمة والادعاء والانكار فتحقيق الحال موكول الى كتاب القضاء ويمكن أن يكون الماتن ناظراً الى أن مقتضى الاصل الاولى عدم الثبوت وانما ظنزم بثبوت الموضوعات بقول الثقة بالسيرة العقلائية فلابد مـن الاقتصار

١) الوسائل الباب ٢٦ من أبواب عقد النكاح وأولياه العقد

(مسألة): الوكيل المفوض اليه المعاملة بحكم المالك يرجع عليه البايع بالثمن ويرجع عليه المشتري بالمثمن وترد عليه العيسن بالفسخ بعيب ونحوه ويؤخذ منه العوض (٢٠ .

كتاب الهية

و تصح في الاعيان المملوكة وانكانت مشاعة^٣

على مقدار تحققها وبعبارة اخرى : لامجال للأخذ بالاطلاق أو العموم فمع الشك لابد من اشتراط قيام البينة والله العالم .

١) اذ بالتأخير المذكور تصير يده يد عدوان موجب للضمان .

الامركما افاده فان معنى الوكيل المفوض ما ذكر هذا تمام الكلام في الوكالة وقد حصل الفراغ من كتابتها في يوم الجمعة الرابع والعشرين من شهررجب من السنة ١٤٠٩ على مهاجرها آلاف النحية والثناء.

٣) بلا خلاف كما في بعض الكلمات بل حكي عليه الاجماع والظاهر انه لامجال للاشكال والسيرة الجارية عليها بلا نكير اقوى شاهد على المدعى هذا بالنسبة الى الاعيان الشخصية غير المشاعة التى هي القدر المتيقن من جواز الهبة بالنسبة اليها وبالنسبة الى المشاع فمضافاً الى ما تقدم يمكن الاستدلال عليه بما ما رواه عمر الحلبي عن أبى عبدالله عليه السلام قال: سألته عن دار لم تقسم فتصدق بعض أهل الدار بنصيبه من الدار ، قال : يجوز قلت : أرأيت انكانت هبة ، قال يجوز الحديث (*١) .

١) الوسائل الباب ١٢ من ابواب أحكام الهبات الحديث: ١

ولاتبعد ايضاً صحة هبة ما في الذمة لغير مـن هو عليه و يكون قبضه بقبض مصداقه (اولابد في الهبة من ايجاب وقبول (¹

١) قال صاحب العروة قدس سره ، وأما هبته لغير من عليه فالمشهور عدم صحتها الخ واستدل لعدم الصحة بأن القبض شرط في صحة الهبة وما في الذمة غير قابل للقبض والفرد الخارجي ليس هو الكلى بل فرده وبعبارة اخسرى الذي تعلق به الهبة هو الكلى والذي تعلق به القبض الفرد الخارجي .

وأجيب عن الاشكال بأن الكلي الطبيعيموجود بوجود الأفراد فاقباض الكلي وقبضه قابل باقباض فرده وقبضه فلا اشكال .

والذي يختلج بالبال أن يقال ان الاشكال كل الاشكال من ناحية المقتضي فان الالتزام بالصحة يتوقف على دليل يدل على النحو العام أو الخاص على الصحة والا فعدم الجواز على طبق القاعدة الأولية واستدل على الجواز بما رواه صفوان بن يحيى قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل كان له على رجل مال فوهبه لولده فذكر له الرجل المال الذي له عليه ، فقال: انه ليس عليك منه شيء في الدنيا والاخرة ، يطيب ذلك له وقد كان وهبه لولد له قال: نعم يكون وهبه له من نزعه فجعله لهذا (* ١) .

بتقريب ان المستفادمن الحديث انه يجوزهبة ما في ذمة الغير للولد فلامانع من هبة ما في الذمة .

انقلت الهبة للولد لايجوزالرجوع فيهاقلتالهبة مشروطةبالقبضوالمفروض عدم تحقق القبض واطلاق النزع باعتبار العقد لاباعتبار القبض .

 ٢) ربما يستدل على المدعى بأن الهبة تمليك وتملك فيلزم فيها الايجاب من طرف والقبول من طرف آخر وفيه انه مصادرة فالأولى في مقام الاستدلال أن يقال

١) الوسائل الباب ٢ من أحكام الهبات الحديث: ١

ولومعاطاة (1 من المكلف الحر (1 ولو وهبه ما في ذمته كان ابراء (¹⁷ ويشترط فيها القبض⁽¹

الهبة لاتكون أمراً تأسيسياً من قبل الشارع الاقدس بل الهبة امر عقلائي دائرة فيما بين العرف والعقلاء والشارع الاقدس أمضاها ولااشكال في أنهامركبة من الايجاب والقبول عند العرف فلا اشكال في توقفها على الايجاب والقبول .

١)كما عليه السيرة ويكفي اطلاق الدليل أيضاً لاحظ ما رواه ابراهيم بن عبد الحميد عن أبي عبدالله عليه السلام قال: أنت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك ، فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها الحديث (١٠).

٢) فان العبد لايقدر على شيء.

(7) ان كان المراد من العبارة ان النتيجة الأبراء فتام اذ نتيجة تملك الانسان لما في ذمته سقوط ما فيها فتكون الهبة كالابراء من حيث النتيجة وأما ان كان المراد ان هبة ما في الذمة في المقام عبارة عن الابراء فغير تام اذ الهبة عبارة عن التمليك والمملك كما تقدم وليست مصداقاً للابراء ويظهر من كلام الجواهر انها صحيحة بلا خلاف قال قدس سره: «بل في بعض كتب مشايخنا ظاهر هم الاتفاق عليه (7) عن الرجل على الجواز ما رواه معاوية بن عمار قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل الدراهم فيهبها له ، أله أن يرجع فيها قال: (7) .

٤) كما هو المعروف بينهم ويدل على المدعى بعض النصوص، منها مارواه
 ابان عمن أخبره عن أبى عبدالله عليه السلام قال: النحل والهبة ما لم تقبض حتى يموت
 صاحبها ، قال : هي بمنزلة الميراث ، وان كان لصبي في حجره وأشهد عليه فهـو

١) الوسائل الياب ٤ من احكام الهبات الحديث : ٦

٢) الوسائل الباب ١ من احكام الهبات الحديث : ١

كتاب الهبة ______ ٣١٥ ____

جائز (*١) ٠

ومنهاما رواه داود بن الحصينعن أبي عبدالله عليه السلام قال: الهبةوالنحلة مالم تقبض حتى يموت صاحبها قال: هي ميراث الحديث (* ٢).

ومنها ما رواه أبو بصيرعن أبى عبدالله عليه السلام قال: الهبة لاتكون أبداً هبة حتى يقبضها ، والصدقة جايزة عليه الحديث (* ٣) .

فان المستفاد من هذه النصوص بقاء الموهوب في ملك الواهب مالم يقبض ولذا يكون ميراثاً لومات الواهب قبل القبضور بما يقال: ان مقتضى قوله تعالى «ياأيها الذين آمنو ااوفوا بالعقود» (*٤) ، الصحة قبل القبض بتقريب ان المستفاد من الاية وجوب الوفاء بالعقد والعقد يتحقق قبل القبض .

وفيه ان الاية الشريفة دليل اللزوم لاالصحة وعلى تقدير الدلالة على الصحة لابد من تخصيصها بما مر من النصوص وربما يقال: ان المستفاد من حديث عبد الرحمن بن سيابة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا تصدق الرجل بصدقة أو هبة قبضها صاحبها أو لم يقبضها علمت أو لم تعلم فهي جائزة (*٥).

وحديث أبي بصير قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : الهبة جائزة قبضت أو لم تقبض ، وانما أراد الناس ذلك فأخطأوا (*٦) ، الصحة قبل القبض .

١) الوسائل الباب ٤ من أحكام الهبات الحديث: ١

٢) نفس المصدر الحديث: ٥

٣) نفس المصدر الحديث: ٧

٤) المائدة/١

٥) الوسائل الباب ٤ من أبواب أحكام الهبات الحديث: ٣

٦) نفس المصدر الحديث: ٤

وفيه ان المستفاد من الحديثين عدم اللزوم وهو كذلك وان أبيت عن ذلك فغاية المستفاد منهما الصحة قبل الفبض بمقتضى الظهور العرفي، لكن ترفع اليد عن الظهور بمادل صريحاً من النصوص على عدم تحقق الصحة قبل القبض وبما ذكرنا يظهر الجواب عن حديث ابي مريم (* ١).

لكن لو قطعنا النظر عن الجواب الأول لايكون الجواب الثاني تاماً لأنه قد صرح في الرواية بكونه جايزة قبل القبض وبعد القبض فكيف يمكن تخصيصها بما بعد القبض فالعمدة في رفع الاشكال الجواب الأول بأن نقول المراد بالجوازعدم كونها لازمة قال الشيخ قدس سره في الخلاف: «الهبة لاتلزم الابالقبض» فالجواز المذكور في الحديث ما يقابل اللزوم لكن يمكن أن يقال ان الجواز متفرع على الصحة.

وبعبارة اخرى: الجواز متقوم بالصحة فالتعارض بحاله والترجيح بمخالفة القوم مع مادل على عدم اشتراط القبض فان الشيخ قدس سره بعد ما قال «الهبة لاتلزم الا بالقبض» قال: « وبه قال في الصحابة ابو بكر وعمر وعثمان وابن عمر وابن عباس ومعاذ القاريء وانس وعايشة ولانعرف لهم مخالفاً وبه قال الشافعي» الخ فمقتضى الصناعة عدم الاشتراط الا أن يتم المدعى بالتسالم والأجماع والله العالم.

وقد ذكرنا اخيراً انه لادليل على الترجيح لابموافقة الكتاب ولا بمخالفة القوم بل الترجيح منحصر في الاحدثية وحيث ان الاحدث غير معلوم يدخل المقام في اشتباه الحجة بلا حجة فتصل النوبة الى الاصل العملي ومقتضاه عدم الصحة الا بالقبض وبعبارة اخرى: مقتضى الاصل عدم تحقق الملكية الا بالقبض فلاحظ

١) نفس المصدر الحديث : ٢

ولابد فيه من أذن الواهب الاأن يهبه ما في يده فلاحاجة حينئذالى قبض جديد (٢ وللاب والجدولاية القبول والقبض عن الصغير (٣

1) كما هو المشهور وعن الجواهر عليه الاجماع بقسميه وعن المسالك انه لاخلاف فيه عندنا ويمكن الاستدلال على المدعى مضافاً الى الاجماع المدعى وعدم الخلاف والشهرة بما رواه أبو بصيرعن أبى عبدالله عليه السلام قال: الهبة لا تكون أبداً هبة حتى يقبضها والصدقة جائزة عليه الحديث (* ١).

فان المستفاد من الحديث توقف الصحة على اقباض الواهب اياها فان قوله عليه السلام «حتى يقبضها » يقتضيأن يكون القبض باذن الواهب اضف المىذلك أن المفروض عدم صحة الهبة قبل القبض فالموهوب باق في ملك الواهب قبل القبض فيكون قبضه بلااذن الواهب حراماً وتصرفاً في ملك الغيرومعه كيف يمكن أن يكون مملكاً.

لكن هذه الرواية طرف المعارضة فكيف يمكن جعلها دليلا على المدعى فنقول مضافاً الى الاجماع المدعى وعدم الخلاف كذلك يمكن اثبات الدعوى بالاصل بالتقريب المتقدم .

٧) اذ الشرط وهو القبضحاصل فلا مقتضي لتجديد القبض .

٣) فانهما وليان على الصغير فمقتضى القاعدة الجواز مضافاً الى النص الخاص لاحظ ما روي عن أبي عبدالله عليه السلام (* ٢) ولاحظ ما رواه علي بن جعفر في كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن الصدقة اذالم تقبض هل تجوز لصاحبها ؟ قال: اذا كان أب تصدق بها على ولد صغير فانها جائزة لأنه

١) نفس المصدر الحديث: ٧

٢) لاحظ ص: ٣١٥

والمجنون اذا بلغ مجنونا (۱ أمالوجن بعد البلوغ فولا ية القبول و القبض للحاكم (۲ ولووهب الولى أحدهما وكانت العين الموهوبة بيد الولى لم يحتج الى قبض جديد (۳ وليس للواهب الرجوع بعد الاقباض ان كانت لذي رحم (۱

يقبض لو لده اذا كان صغيراً، و اذا كان و لدأ كبيراً فلا يجوز له حتى يقبض الحديث (* ١).

١) بتقريب أن الولاية ثابتة قبل البلوغ فاذا جن بالغاً يجري استصحاب بقاء الولاية وفيه ان الاسصتحاب المجاري في الحكم الكلي معارض باستصحاب عدم جعل الزائد لكن يمكن الاستدلال على المدعى بمادل على ولاية الآب على الطلاق والنكاح بتقريب الأولوية فلاحظ.

لا يبعد أن يكون وجه التفريق ان ولايته عليه في الجنون المتصل بزمان عدم بلوغه مورد التسالم وأما في الجنون العارض بعد البلوغ فسلا اجماع فنصل النوبة الى الحاكم الشرعي وهو الولي العام فانه يظهر من كلام الجواهر في كتاب الحجر ان كون الولاية للحاكم مع تجدد الجنون بعد البلوغ مورد الاجماع.

٣) اذ المفروض تحقق القبض فلا وجه للتجديد .

٤) لجملة من النصوص ، منها ما رواه عبدالرحمن بسن أبى عبدالله وعبدالله بن سليمان (سنان) جميعاً قالا : سألنا أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها ان شاء أم لا ؟ فقال تجوز الهبة لذوي القرابة والذي يثاب عسن هبته ويرجع في غير ذلك انشاء (* ٢).

ومنها ما رواه محمد بن مسلم عن أبى جعمر عليه السلام في حديث قال : الهبة والنحلة يرجع فيها صاحبها انشاء حيزت أولم تحزالا لذي رحم فانه لايرجع

١) الوسائل الباب ٥ من ابواب أحكام الهبات الحديث: ٥

٢) الوسائل الياب ٦ من أحكام الهبات الحديث : ١

كتاب الهبة _____

أو بعدد التلف (1 أو التعويض (⁷ وفي التصرف خدلاف ، والاقوى جواز الرجوع اذاكان الموهوب باقياً بعينه (⁸ فلـو صبخ الثوبأو قطعه أوخاطه (1 ونقله الى غيره لم يجزله الرجوع (9

فيها (* ۱) .

ويستفاد من حديث داود بن الحصين عن أبى عبدالله عليه السلام قال : سألته هل لأحد أن يرجع في صدقة أوهبة ؟ قال: أما ما تصدق به لله فلا، وأما الهبةو النحلة فانه يرجع فيها حازها أولم يحزها وان كانت لذي قرابة (*) ، جو از الرجوع وان كانت الهبة لذي رحم والرواية ضعيفة بضعف اسناد الشيخ الى على بن الحسن بن فضال والرواية بسندها الاخر مرسلة .

١) لاحظ ما رواه جميل بن دراج عن أبيعبدالله عليه السلام قال: اذاكانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع والا فليس له (* ٣) فان المستفاد هذه الروان ان الرجوع في الهبة مشروط يكون الموهوب قائماً بعينه فلا مجال للرجوع مع تلف العين كما هو المفروض.

۲) يمكن أن يستدل على المدعى بأن المستفادمن الدليل جواز رجو عالواهب
 فيما وهبه ومع التبديل لامجال للرجوع فيه فلا يجوز مع التعويض

٣) الظاهر انكلام الماتن ناظر الى حديث جميل (* ٤) فان صدق عنوان
 قيام العين بعينها يجوز والافلا .

- ٤) بتقربب أنه ان تغيرت لاتكون قائمة بعينها .
- ه) لما مر من أن موضوع الحكم الرجوع في الهبة ومع النقل لامجال لـــه

١) نفس المصدر الحديث: ٢

٢) نفس المصدر الحديث: ٣

٣) الوسائل الباب ٨ من أحكام الهبات الحديث: ١

٤) مرآنفا

وله الرجوع في غير ذلك^{(١}

فلا يجوز.

1) لاحظ مارواه جميل ، فان مقتضاه جواز الرجوع الافيما يقوم دليل على عدم الجواز ويستفاد من بعض النصوص عدم جواز الرجوع في الهبة منها مارواه اليونسي قال : كتبت الى على بن محمد عليهما السلام : رجل جعل لك شيئاً من ماله ثم احتاج اليه أيأخذه لنفسه أم يبعث به اليك ؟ فقال : هو بالخيار في ذلك مالم يخرجه عن يده ، ولو وصل الينا لرأينا أن نواسيه وقد احتاج اليه (* ١) . وهذه الرواية ضعيفة بالعبيدي .

ومنها ما رواه جراح المدائني عن أبي عبدالله عليه السلام قبال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: مسن رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة سنداً أيضاً .

ومنها مارواه ابراهيم بن عبدالحميد ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : أنت بالخيار في الهبة مادامت في يدك ، فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها ، وقال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه (* ٣) وهذه الرواية ضعيفة سنداً .

ومنها مارواه أبو بصير قال: سألته عن الرجل يشتري البيع فيوهب لهالشيء فكان الذي اشترى لؤلؤاً فوهب له لؤلؤاً، فرأى المشتري في اللؤلؤ أن يرد، أيرد ما وهب له ؟ قال الهبة ليس فيها رجعة وقد قبضها انما سبيله على البيع فان رد المتباع البيع لم يردمعه الهبة (*٤) وهذه الرواية ضعيفة سنداً مضافاً الى أن العموم

١) الوسائل الباب ٤ من احكام الهبات الحديث : ٨

٢) الوسائل الباب ١٠ من احكام الهبات الحديث: ٣

٣) نفس المصدر الحديث: ٤

٤) الوسائل البابَ ١٩ من ابواب الخيار الحديث: ١

فان عاب فلا أرش (أ وان زادت زيادة متصلة تبعت على التفصيل المتقدم في المفلس (أ والا فللموهوب له (أ.

(مسألة ١): في الهبة المشروطة يجبعلى الموهوب له العمل بالشرط (١ فاذا تعذر أو امتنع المتهب من العمل بالشرط جاز للواهب الرجوع في الهبة (٥ بل الظاهر جواز الرجوع في الهبة المشروطة قبل العمل بالشرط (٦ وفي الهبة المطلقة لا يجب التعويض على الاقوى ٧٠

والاطلاق قابلان للتخصيص والتقييد فلاحظ.

العدم دليل على الارش ولابد في العيب الحادث فيه أن لا يكون مغير اللعين أمالو كان مغيراً لها بحيث لا يصدق أنها قائمة بعينها لا يجوز الرجوع لا نتفاء الموضوع على الفرض.

٢) فراجع هناك .

٣) اذ لامقتضي للرجوع الى الواهب فيكون باقياً في ملك الموهوب لـــه
 فلاحظ .

٤) لدليل وجوب الوفاء بالشرط .

ه) لاطلاق دليل جواز الرجوع في الهبة بل يمكن الاستدلال بمفهوم حديث عبدالله بن سنان عن أبى عبدالله عليه السلام قال : اذا عوض صاحب الهبة فليس له أن يرجم (* ۱) فان مقتضى مفهوم الشرطية جواز الرجوع مع عمد التعويض .

٦) بعين التقريب المتقدم ذكره آنفأ .

٧) لعدم دليل على الوجوب .

١) الوسائل الباب ٩ من احكام الهبات الحديث : ١

مباني منهاج الصالحين ج ٩ كن لو عوض المتهب لزمت (ا ولم يجز للواهب الرجوع (ا ولو بذل المتهب الموض ولم يقبل الواهب لم يكن تعويضاً (ا والعوض المشروط ان كان معيناً تعين (ا وان كان مطلقاً أجرزاً اليسير الااذا كانت قرينة على ارادة المساوي منعادة أو غيرها (ا ولايشترط في العوضان يكون عيناً بل يجوزاً ان يكون عقداً أوايقاعاً كبيع شيء على الواهب أو ابراء ذمته من دين له عليه أو نحو ذلك (ا

كتاب الوصية

وهى قسمان: تمليكيه بأن يجعل شيئاً من تركنه لزيد أو للفقراء مثلا بعد وفاته فهى وصية بالملك أو الاختصاص، وعهدية بهأن يأمر بالتصرف بشيىء يتعلق به من بدن أومال كأن يأمر بدفنه في مكان

١) لاطلاق حديث ابن سنان (* ١) فان مقتضى اطلاقه عدم جواز الرجوع
 مع العوض بلا قيد فيتم ما أفاده في المتن .

٢) فانه صرح في حديث ابن سنان بعدم جواز الرجوع في الهبة المعوضة .
 ٣) فان مجرد البذل لايحقق التعويض كما هو ظاهر ومن ناحية اخرى لاذليل

على وجوب قبول المبذل فلا يجب .

٤)كما هو ظاهر فاذا اشترط عليه ان يهبه الكتاب الفلاني تجب هبته بعينه .

ه) فان الاجزاء لازم الاطلاق الا مع القرينة الصارفة او المعينة كما هو ظاهر

٦) لصدق العوضية ومع صدق التعويض يترتب عليه حكمه من اللزوم وعدم
 جواز الرجوع والحمد لله اولا و آخراً وظاهراً وباطناً والصلاة على محمد و آله

١) لاحظ ص : ٣٢١

معين أو زمان معين أو يأمر بأن يعطي من ماله احداً او يستناب عنه في الصوم والصلاة من ماله أو يوقف ماله أو يباع أو نحو ذلك (١

الطاهرين المعصومين واللعن الدائم على أعدائهم أجمعين . وقد وقع الغراغ من بحث كتاب الهبة في يوم السبت الثامن عشرمن شهررجب المرجب من السنة ٩٤٠٩ من بعدالهجرة على مهاجرها و آله آلاف التحية والثناء في البلدة الطيبة قم المقدسة .

١) قال في المختصر النافع: « الوصية تمليك عين أو منفعة أو تسليط على تصرف » الخ وقال في الحداثق: « قالوا: الوصية تمليك عين او منفعة أو تسليط على النصرف بعد الوفاة » الخ .

الى غير ذلك من الكلمات والظاهرانه لاخلاف بينهم في أن الوصية تمليكية وعهدية ويكأى دليلالصحة القسمين قوله تعالى «كتب عليكم اذاحضر احدكم الموت ان ترك خيراً الوصية للوالدين والاقر بين بالمعروف حقاً على المتقين فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه (%۱) فان مقتضى اطلاق هذا الكلام الالهي جواز كلا القسمين .

ونعم ماقال سيد المستمسك في هذاالمقام : فانه (قده) افاد في جملة من كلامه ان مقتضى الاطلاق جواز الوصية على الاطلاق .

وصفوة القول: ان مقتضى اطلاق الاية المباركة جواز الوصية بأى نحوكان والتخصيص يحتاج الى دليل خارجي اضف الى ذلك النصوص الواردة في الموارد المتعددة الدالة على الجوازو الصحة مضافاً الى وضوح الامربين المتشرعة والسيرة الجارية بينهم .

وبما ذكرنا ظهر ان ما أفاده في المتن تـام اذ بمقتضى الدليل تجوز الوصية على الاطلاق بلا فرق بينكونهـا تمليكية أو عهدية بانواعها مــن المذكورات في المتن وغيرها كما ان مقتضى الاطلاق عدم الفرق في التمليكية بين كون الوصية

۱) البقرة / ۱۸۱ و۱۸۲

فان وجه امره الى شخص معين فقد جعله وصياً عنه وجمل لهولاية التصرف (أوان لم يوجه امره الى شخص معين ولم تكن قرينة على التعيين كما اذا قال اوصيت بأن يحجعني أويصام عني أو نحوذلك فلم يجمل له وصياً معيناً كان تنفيذه من وظائف الحاكم الشرعي (أ.

بالملك ، كما لو اوصى بكون الدار الفلانية لزيد ، وأن تكون بالاختصاص كما لو أوصى بكون الدار الفلانية ، للفقراء فان جعلها للفقراء قرينة على أن الوصية ليست بالتمليك فانه من الواضح ان الدار الفلانية لايمكن أن تكون ملكاً لجميع الفقراء بالملك الشخصى .

١) كما هو ظاهر، فانه في هذه الصورة يكون تكليف انفاذهامتوجها الىذلك
 ذلك المعين .

٢) بتقريب ان المورد من الامور التي لايرضى الشارع بعدم تحققها وبعبارة اخرى: لابد من القيام بها والقدر المتيقن هو الحاكم اذ التصرف في شئونالغير يحتاج الى الدليل فمع وجود الحاكم لاتصل النوبة الى غيره هذا ما يمكن أن يقال في هذا المقام.

ولقائل أن يقول: ان القيام بمورد الوصاية وظيفة لعامة المكلفين بنحو الوجوب الكفائي، وذلك لأنه لااشكال في أن الوصاية تحتاج الى الوصي ومن ناحية اخرى الاهمال في الواقع غير معقول، فمع عدم التعيين يكون الامر متوجها الى الكل وبعبارة اخرى: ان مقتضى الاطلاق ايكال الامر من قبل الموصي الى غيره على نحو الاطلاق، وان شئت قلت مع عدم تفويض الامر الى شخص معين أو اشخاص كذلك، اما لا يجعل امر التصرف الى الغير واما يجعل وعلى الثانى اما بالنحو المهمل وأما بالنحو الاطلاق أما على الاول فلا يتم امر الوصاية وأما على الثاني فيلزم الاهمال في الواقع وهو غير معقول، واما على الثالث فيجوز لكل

كتاب الوصية _____ كتاب الوصية _____

(مسألة ١): الوصية المهدية لاتحتاج الى قبول سواء لم يجعل له وصياً أم جعل (١، نعم لورد الموصى اليه في حال حياة الموصى

احد القيام به ولايختص الحكم بالحاكم، ولواغمض عماذكرنا وسلمنا عدم جعل الموصـي وصياً فلنا أن نقول بـأى دليل ثبت وجوب القيام بامرهكى يقال يتعين للقيام بالامرالحاكم الشرعي .

الا أن يقال: انه مع الغفلة يمكن تصورالاهمال من هذه الجهة فيدخل المقام في الامور الحسبية والقائم بها الحاكم الشرعي .

١) قال في المستمسك : هذا مما لاينبغي الأشكال فيه ، ويمكن الاستدلالعلى
 المدعى بوجهين :

الوجه الاول: اطلاق قوله تعالى (%1) فان مقتضى اطلاق الاية صحة الوصية بلااشتراط ايجابها بالقبول .

ودعوى انالاية في مقام بيان حكمها بعد تحققها بشرائطها مردودة بأن الظاهر من الاية التشريع والحث عليها ومقتضى الأصل العقلائي اطلاق الحكم ويؤكد المطلوب ذيل الاية وهو قوله تعالى «فمن بدله» الخ فان مقتضى هذه الجملة حرمة التبديل واستثنى منها صورة خوف الجنف اذ الاستثناء دليل العموم والاطلاق.

الوجه الثانى: النصوص الخاصة الدالة على وجوب العمل بالوصية في صورة عدم الرد أو الرد غير البالغ الموصي ، منها ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ان اوصى رجل الى رجل وهوغائب فليس له أن يرد وصيته ، وان اوصى اليه وهوبالبلد فهو بالخيار انشاء قبل وانشاء لم يقبل (* ٢) ومنها ما رواه فضيل بن يسار ، عن أبى عبدالله عليه السلام في رجل بوصى

ومنها ما رواه فضيل بن يسار ، عن أبى عبدالله عليه السلام في رجل يوصى اليه ، قال : اذا بعث بها اليه من بلد فليس له ردهـا ، وان كان في مصر يوجد فيه

١) لاحظ ص: ٣٢٣

٢) الوسائل الباب ٢٣ من أحكام الوصايا الحديث: ١

۲۲۲ — بباني منهاج الصالحين ج ۹
 وبلغه الرد في زمان يمكنه جعل وصي آخر لم يلزمه العمل بالوصية (۱ وأما التملكية فكما اذا قال: هذا المال لزيد بعد مماتي فالمشهور احتياجها الى القبول من الموصى له والا ظهر عدمه (۲ .

غيره فذاك اليه (* ١).

ومنها مارواه منصور بن حازم عن أبى عبدالله عليه السلام قال: اذا اوصى الرجل الى اخيه وهو غائب فليس له أن يرد عليه وصيته لأنه لوكان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره (* ٢) الى غيرها من النصوص الواردة في الباب فان مقتضى هذه النصوص جواز الوصية وتحققها ولو مع عدم القبول.

١) بلا اشكال بل اجماعاً كما في بعض الكلمات وتدل على المدعى جملة من الصنوص لاحظ ما رواه محمد بن مسلم ومارواه الفضيل ومنصور (٣٣) ومارواه الفضيل عن أبي عبدالله عليه السلام قال في الرجل يوصى اليه قال: اذا بعث بها اليه من بلد فليس له ردها (* ٤).

فلااشكال في أصل الحكم انما الاشكال في أنه هل يجوز الرد مع عدم امكان جعل غيره وصياً لايبعد أن يستفاد من نصوص الباب وجوب القبول وعدم جواز الرد في هذه الصورة ، فلاحظ .

لاطلاق دليل نفوذ الوصية وصحتها وما يمكن أن يقال أو قيل في وجه
 كون القبول جزئاً للسبب او شرطاً له امور :

الاول الاجماع المدعى في المقام وفيه اولا انه قدحقق في محله ان الاجماع المنقول ليس حجة وثانياً ان الاجماع على تقدير تحققه محتمل المدرك فلايكون

١) الوسائل الباب ٢٣ من أحكام الوصايا الحديث : ٢ و ٣

٧) الوسائل الباب ٢٣ من احكام الوصايا الحديث: ٣

٣) لاحظ ص: ٣٢٥

٤) الوسائل الباب ٢٣ من أحكام الوصايا الحديث: ٥

حجة وثالثاً ان الاجماع المدعى في المقام اجماع على كون الوصية التمليكية من العقود. وعليه نقول: كيف يمكن جو از الفصل بين الايجاب و القبول فان بنائهم على صحة القبول بعد الموت و المقرر في محله ان الموالاة شرط في العقود، وفيه اشكال بل الحق عدم اشتراط الموالاة مضافاً الى ان موت الموجب يقتضي سقوط قابلية المقد للحقوق القبول بالايجاب فلاحظ.

الثانى: ان غاية مايستفاد من دليل نفوذ الوصية نفوذها بالنسبة الى مايكون للموصى سلطان عليه ، وحيث انه لاسلطان لاحد على غيره فلا تنفذ .

وفيه: ان الاقتصار المذكور خلاف اطلاق دليل نفوذ الوصية ولا وجهلهذا التقييد ان قلت: انه على خلاف قاعدة سلطنة كل احد على نفسه فيقع التعارض بين الدليلين ولا وجه للترجيح قلت: اولا انه لامانع من رفع اليدعن دليل السلطنة بدليل نفوذ الوصية.

وبعبارة اخرى: اي دليل دلعلى كون الانسان مسلطأعلى نفسه بحيثلايمكن لغيره جعله مالكاً وان شئت قلت: انه لاعموم لدليل السلطنة كى يعارض عمومدليل الوصية .

وثانياً: سلمنا التعارض لكن الترجيح مع دليل نفوذ الوصية اذ قد حقق في الاصول ان المخالف للكتاب يضرب على الجدار وثالثاً ان السلطنة تحفظ بامكان الرد من قبل الموصى اليه على القول به .

الثالث: انه عديم النظير ويرد عليه: اولا :انه ليسكذلك بل له نظائر فان حصول الملك القهري كثير فان الشخص يرث من مورثه بموته وأيضاً يملك عوض المال التالف في ذمة المتلف وقس عليه مالكية المجني عليه بالجناية والامركذلك في الوقف.

وثانياً مع دلالة الدليل لامانع من الالتزام بالمقصود ولا يكون عــدم النظير

(مسألة ٢): تتضبق الواجبات الموسعة اذالم يطمأن بالتمكن من الامتثال مسع التأخير كقضاء الصلاة والصيام واداء الكفارات والنذور ونحوها من الواجبات البدنية وغيرها فتجب المبادرة الى الى ادائها (١ واذا ضاق الوقت عن ادائها وجب الايصاء والاعلام

مانعاً من الاخذ بالدليل فالنتيجة ان الحق ما أفاده في المتن .

الرابع: ان مقتضى الاصل عدم انتقال المال الى الغير مع عدم القبول ويرد عليه انه ان قام دليل على صحة الوصية كما هو كذلك فلا مجال للأصل وان لسم يقم فمقتضى الاصل عدم الانتقال حتى مع القبول فلاحظ.

 ١) والوجه فيه ان امتثال التكاليف واجب بحكم العقل والموسع انما يجوز التأخير فيه فيما يكون للمكلف طريق الى امكان الامتثال .

و يمكن أن يقال: انه لاتصل النوبة الى دوران الامر بين التعيين والتخيير كما في كلام السيد الحكيم (قدس سره) فان الترديد بين الامرين يتصور بالنسبة الى حكم الشارع وأما في نفس حكم المقل فلا مجال للترديد اذ لامعنى ان الحاكم يتردد في مورد حكمه فالنتيجة ان العقل يحكم بالتعيين بلااشكال اذ مع عدم المبادرة الى الامتتال لا يكون آمناً من الضرر فيجب دفع الضرر بحكم العقل ومقتضى هذا البيان وجوب المبادرة حتى مع عدم الظن بالتمكن.

وبعبارة اخرى: تجب المبادرة بمجرد احتمال عــدم التمكن الآأن يقال: بأن الاجماع القولي والعملي يقتضي جواز التأخير مع عدم الظن بالضيق.

ولقائل أن يقول انه لو قام بينة عادلة على بقاء الشخص يجوز الاستناد اليها فلا تجب المبادرة وعليه فما المانع من قيام الاستصحاب الاستقبالي ؟ اذ قد ثبت في محله قيام الاستصحاب مقام القطع الطريقي ولذا لايجب البدار في الواجبات الموسعة ويجوز تأخيرها الى آخر وقتهاكما أنه يجوز البدار لذوي الاعذار .

بها على الاقوى ¹¹ الا أن يعلم بقيام الوارث اوغيره به ¹⁷ وأمااموال الناس من الوديعة والعارية ومال المضاربة ونحوهامما يكون تحت يده فالظاهر عدم وجوب المبادرة الى ادائه ⁽⁴ الا اذاخاف عدماداء

 ١) بتقريب ان الايصاء نحو من الافراغ للذمة فيجب أما مع العلم بقيام الغير بالافراغ فظاهر وأما مع الشك فمن باب الشك في القدرة ومعه لاتصل النوبة الى البرائة .

ويردعليه: ان اثبات وجوب الايصاء بهذا التقريب في غاية الاشكال اذ المسلم تكليف المكلف باداء ما في ذمته والمفروض عدم تمكنه فوجوب الايصاء يحتاج الى دليل مفقود .

نعم يمكن أن يقال: بأن المفروض اشتغال ذمته بالمذكورات ولا اشكال في وجوب افراغ الذمة ولااشكال أيضاًان الايصاء بها نحو من الامتثال و نحو من الافراغ فيجب ويؤيد المدعى بل تدل عليه جملة من النصوص: منها ما رواه جعفر بسن محمد عن ابيه قال: قال علي عليه السلام: الوصية تمام ما نقص من الزكاة (*١) ومنها ما رواه محمد بسن يحيى رفعه عنهم عليهم السلام قال: من أوصى بالثلث احتسب له من زكاته (*٢).

لكن هذا البيان انما يتم فيما يعلم بقيام الغير بمورد الوصية وأما مع الشك فلا مانع من اجراء البرائة وقد ذكرنا في الاصول ان الحق جريان البرائة في مورد الشك في الحكم من ناحية القدرة وعدمها فلاحظ.

۲) اذ مــع علمه بقيام الوارث لاوجه للايصاء وبعبارة اخرى يعلم يحصول
 النتيجة .

٣) اذ لاوجه لوجوب المبادرة مع عدم الخوف.

١ و٢) الوسائل الباب ٢ من احكام الوصايا الحديث : ١ و٣

الوارث (ا ويجب الايصاء به والا شهاد عليه اذا كان يتوقف عليها الاداء والالم يجب (ومثلها الديون التي عليه مع عدم مطالبة الدائن (الما مع مطالبته فتجب المبادرة الى ادائها وان لم يخف الموت (أ. مسألة ٣): يكفي في تحقق الوصية كل مادل عليها من لفظ صريح او غير صريح او فعل وان كان كنابة او اشارة (أه بلا فرق بين صورتي الاختيار وعدمه (المسلم يكفي وجود مكتوب بخطه او بامضائه (المحيث يظهر منه ارادة العمل به بعد

ومنها مارواه حنان بن سدير ، عن أبيه عن جعفر عليه السلامةال : دخلت على محمد بن علي بن الحنفية وقد اعتقل لسانه فامرته بالوصية فلم يجب، قال: فامرت بطشت فجعل فيه الرمل فوضع فقلت له : خط بيدك فخط وصيته بيده فسي الرمل

١) لأنه يجب عليه الرد ومع الخوف لايطمأن بالرد فيجب.

لأنه طريق الى ايصال الحق الى ذيه فيجب.

٣)كما هو ظاهر فان حكم الامثال واحد .

٤) لوجوب اداء مال الغير وحرمة المماطلة فيه بلا اشكال .

ه) وذلك لاطلاق الدليل فان الموضوع تحقق الوصية ومسع فرضه يترتب عليه الحكم بلا فرق بين تحققه بحسب اختلاف الموارد فالحق ما أفاده في المتن
 ٦) اذ الميزان صدق عنوان الابصاء بلا دليل على التقييد .

γ) فان الخط كالقول والاشارة في كشفه عن المراد ويؤيد المدعى بل يدل عليه بعض النصوص ، منها قوله عليه السلام : ما ينبغي لامرء مسلم ان يبيت ليلة الا ووصيته تحت رأسه (*۱).

١) الوسائل الباب ١ من أحكام الوصايا الحديث : ٧

موته (اواذاقيل له هل اوصيت؟ فقال: لافقامت البينة على وقوع الوصية منه كان العمل على البينة ولم يعتد بخبره (أنه منه كان قدقصد انشاء العدول عن الوصية صح العدول منه (أنه وكذا الحكم لـو قال

ونسخت انا في صحيفة (* ١).

ومنها ما رواه ابراهيم بن محمد الهمداني قال: كتبت الى أبي الحسن عليه السلام رجل كتب كتاباً بخطه ولم يفللورثته: هذا وصيتي ولم يقل: اني قداوصيت الا انه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصى به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك ؟ فكتب عليه السلام: ان كان له ولد ينفذون كل شيء يجدونه في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره (* ٢).

 ١ اذ لولاه لاتكون الحجة قائمة على الوصية وبعبارة اخرى الظواهر حجة فلابد أن تكون الكتابة في نظر العرف ظاهرة في انشاء الوصية .

٧) لحجيتها ولزوم العمل بها في الموضوعات .

٣) بلا خلاف كما فى بعض الكلمات وتدل عليه جملة من النصوص منها: مارواه ابن مسكان ، عن أبى عبدالله عليه السلام قبال : قضى امير المؤمنين عليه السلام ان المدبر من الثلث ، وان للرجل ان ينقض وصيته فيزيد فيها وينقص منها مالم يمت (٣٣) .

ومنها : ما رواه عبيد بن زرارة قال : سمعت أبــا عبدالله عليه السلام يقول : للموصي ان يرجع في وصيته ان كان في صحة او مرض (* ٤).

ومنها : مــا رواه بريد العجلي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لصاحب الوصية أن يرجع فيها ويحدث في وصيته مادام حياً (* ٥) .

١ و٢) الوسائل الباب ٤٨ من احكام الوصايا الحديث : ١ و٢

٣ و\$ وه) الوسائل الباب ١٨ من احكام الوصايا الحديث : ١ و٣ و\$

نعم وقامت على عدم الوصية منه فائسة ان قصد الاخبار كان العمل على البينة (أوان قصد انشاء الوصية صح الانشاء وتحققت الوصية (مسألة ٤): المشهور ان رد الموصي له الوصية في الوصية النمليكية مبطل الها اذا كان بعد الموت ولهم يسبق بقبوله ولكنه لا يخلو عن اشكال (آأما اذا سبقه القبول بعد الموت أو في حال الحياة فلا اثر له وكذا الرد حال الحياة ألا أثر له وكذا الرد حال الحياة ألا أثر اله وكذا الرد حال الحياة (ألما وكذا الرد حال الحياة ألما الحياة فلا اثر اله وكذا الرد حال الحياة القبول بعد الموت أو في حال الحياة فلا اثر اله وكذا الرد حال الحياة (ألما المحياة ألما المحياة الموت ألما المحياة الموت المحياة الموت المحياة الموت الموت الموت الموت المحياة فلا اثر الموت المحياة الموت الموت المحياة الموت الموت

(مسألة ۵): لوأوصى لهبشيئين فقبل احدهماورد الاخرصحت فيما قبل (° وبطلت فيما رد على اشكال وكذا لــو اوصى له بشيىء واحد فقبل في بعضه ورد في الاخر (٦).

۱) وقد ظهر وجهه مما مر .

٢) لتمامية المقتضي وعدم المانع و بتعبير آخر لتحقق الموضوع و اطلاق دليل
 الحكم .

٣) اذ مقتضى اطلاق دليل الوصية نفوذهاوعدم قيام دليل على الخلاف وغاية
 ما في الباب قيام الشهرة ومـن الظاهر انه لااعتبار بالشهرة الفتوائية بل الاجماع
 على فرض دعواه لااثر له فما افاده من الاشكال متين جداً .

٤) أما على القول بأنه عقد يحتاج الى القبول فلا وجه لتأثير الردبعدالقبول
 وأما على القول بأنه ايقاع فلا اثر للرد ولا دليل على تأثيره وقس عليه الرد حال
 الحياة .

ه) لتمامية المقتضي وعدم المانع فان الوصية بشيئين تنحل الى الوصية بالنسبة
 الى كل منهما والمفروض تحقق القبول بالنسبة الى احدهما .

٦) قد مر الكلام فيه آنفاً .

(مسألة ٦): لايجوز للورثة التصرف فـــي العين الموصي بها قبل ان يختار الموصي له احد الامرين مـــن الرد والقبول (١ وليس

1) ان قلنا بأن الوصية لاتشترطبالقبول ولاتفسد بالرد ينتقل موردالوصية الى الموصى له وبمقتضى جملة من النصوص: منها ما رواه السكونى عن أبى عبدالله عليه السلام قال: اول شىءيبدأبه من المال الكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث (*١).

ومنهاما رواهمحمد بن قيس عن أبى جعفر عليه السلام قال: قال امير المؤمنين عليه السلام: ان الدين قبل الوصية ثـم الوصية على اثر الدين ، ثم الميراث بعد الوصية فان اول (اولى خ ل) القضاء كتاب الله (* ٢) .

ومنها ما رواه ابان بن عثمان عن رجل قال : سألت أباعبدالله عليه السلامعن رجل اوصى الى رجل و« ان » عليه ديـن قال : يقضى الرجل ما عليه من دينه ، ويقسم ما بقى بين الورثة الحديث (*٣) ، تكون الوصية مقدمة على الارث .

بليمكن الاستدلال على المدعى بالاية الشريفة اىقوله تعالى « من بعدوصية يوصى بهـا او دين » (* ٤) ، وان قلنا باشتراط الوصية بالقبول فيمكن القــول بجواز التصرف ظاهراً ببركة الاستصحاب الاستقبالي المقتضى لعدم القبول .

وبعبارة اخرى مقتضى الاستصحاب عدم تحقق القبول بل لنا أن نقول: بجواز التصرف واقعاً اذ مع اشتراط القبول ينتقل المال الدى ملك الورثة لكن على القول بالنقل يمكن أن يقال: بأن العرف يفهم بمناسبة الحكم والموضوع ان الوصية تكون بالابقاء حتى ينكشف الامرمن القبول وعدمه سيمامع قلةمقارنة القبول مع الموت نعم على القول بكفاية القبول حال الحياة يمكن تحقق القبول

١) الوسائل الباب ٢٨ من احكام الوصايا الحديث: ١

۲ و۳) نفس المصدر الحديث ۲ و۳

٤) النساء/ ١١

لهم اجباره على الاختيار معجلا ¹¹ .

(مسألة ٧) : اذا مات الموصى لـ قبل قبوله ورده قام وارثه

حال الحياة وان قلنا بأن الرديبطل الوصية لايجوز التصرف لاستصحاب عدمالرد بل يمكن أن يقال: بعدم جواز التصرف حتى مسع العلم بالرد اذ المفروض ان الملكية تحققت بالوصية والرد يبطلها فلا وجه لجواز النصرف.

العدم وجه لجواز الاجبار اذ المفروض ان هذا الحق راجع اليه فلا وجه لاجباره على احد الطرفين وأفاد سيد العروة: انه يجوز الاجبار في صورة توجه الضرر الى الوارث ويمكن أن يكون ناظراً الى حرمة الاضرار بالغير.

لكن يردعليه اولا: ان هذا ليس اضراراً بل منع من عدم المنفعة مضافاً الى أن الامر راجع اليه ومقتضى القاعدة كونه مختاراً في التعجيل والتأخير وبعبارة احرى: يتصرف في سلطانه الا أن يقال: لا يجوز الاضرار بالغير ولو بالتصرف في السلطان وسلمناكونه حراماً لكن بأى دليل يثبت امكان اجباره أزيد من النهي عن المنكر.

ثم ان الماتن بنى على عدم اشتراط القبول واستشكل في كون الردمفسد أومع ذلك كيف طرح الفرع بهذه الصورة ؟ اذ مسع البناء على عدم اشتراط القبول وعدم كسون الرد مفسداً يكون المال ملكاً للموصى له ولا مجال لاجباره وبعبارة اخرى: لاموضوع لهذا البحث الا أن يقال: ان عنوانه معلق على القول بأن له الرد أو القبول فلاحظ.

ثم ان هذاكله فيماتكون الوصية متعلقة بعين معينة وأما لوأوصى بمقدار مشاع ليس للموصى له التأخير اذ ينافي التأخير مسع حق الغير فلا بد من اختيار احسد الامرين.

مقامه في ذلك فله القبول أو الرد اذا لم يرجع الموصي من وصيته''

١) تارة يقع الكلام في هذه المسألة بالنظر الـ القاعدة الاولية واخرى من
 حيث النصوص الخاصة فيقع الكلام في موضعين :

أما الموضع الأول: فنقول ان مات الموصى له في زمان حياة الموصى فمقتضى القاعدة بطلان الوصية اذ الوصية تمليك مشروط بالفوت والمفروض ان الموصى له قبل تحقق شرط الملكية مات فلا مجال لآن ينتقل الى الوارث شيء وانتقال حق القبول اليه لادليل عليه بل الدليل على عدمه لآن هذا الحق غير قابيل للاسقاط فلا يكون قابلا للانتقال وان مات بعد وفات الموصي فتارة نقول باشتر اطصحة الوصية بالقبول ونفرض تحقق القبول فلا اشكال في انتقال المال اليه لآن المفروض ان العين انتقلت الى ملك المورث فيرثه الوارث وأما لولم نقل باشتر اطاقبول فان قلنا بأن الرد لاأثر له فالكلام هو الكلام وان قلنا بأن الرد يبطل الوصية وللموصى له حق القبول والرد فربما يقال: بأن هذا الحق ينتقل الى الوارث فله الرد والقبول لكن للمناقشة فيه مجال واسع فانه لم يحرز كون مثله قابلا للانتقال بليمكن الجزم بعدم انتقاله بالارث اذ ليس قابلا للاسقاط فلا يكون حقاً بل يكون

لكن في هذه الصورة ينتقل المال الى الوارث اذ المفروض تحقق الملكية بالنسبة الى المورث فبمقتضى قانون الارثير ثه الوارث هذا تمام الكلام في الموضع الاول .

وأما الموضع الثاني: فنقول قد وردت عدة نصوص في المقام منهامارواه محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى اميسر المؤمنين عليه السلام في رجل أوصى لاخر والموصى له غائب، فتوفى الموصى له الذي أوصى لهقبل الموصى، قال: الوصية لوارث الذي أوصى له قال: ومن اوصى لأحدشاهداً كان

أوغاثباً فتوفى الموصى له قبل الموصي فالوصية لو ارث الذي أوصى له، الأأن يرجع في وصيته قبل مو ته (*١) ومقتضى هذه الرواية ان الموصى له اذامات يقوم وارثه مقامه.

ومنها: مارواه عباس ابن عامر قال: سألته عن رجل اوصى له بوصية فمات قبل أن يقبضها ، ولم يترك عقباً ، قال: اطلب له وارثاً أو مولى فادفعها اليه ، قلت فان لم اعلم له ولياً ، قال: اجهد على أن تقدر له على ولي فان لم تجدو علم الله منك الجد فتصدق بها (* ٢) والمستفاد من هذه الرواية ما يستفاد من تلك الرواية

ومنها: ما رواه محمد بسن عمر الباهلي « الساباطي » قال سألت أبسا جعفر عليه السلام عن رجل اوصى الي وامرني ان اعطى عماًله في كل سنة شيئاً ، فمات العسم فكتب: اعط ورثته (*٣) وهذه الرواية ضعيفة بضعف محمد بن عمر ، مضافاً الى أن مدلول الروايه لايرتبط بالمقام بل ترتبط بالايصاء .

ومنها: مارواه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل اوصى لرجل بوصية ان حدث به حدث فمات الموصى له قبل الموصي قال: ليس بشيء (* ٤) وهذه الرواية ساقطة عن الاعتبار بضعف اسناد الشيخ (قده)الى ابن فضال.

ومنها: ما رويءن أبى عبدالله عليه السلام قال: سئل عن رجل اوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصى قال: ليس بشىء (* ٥).

وربما يقال: بأن المستفاد من قوله عليه السلام ليس بشيء ان المفروض ان الموصى له مات قبل الموصى فليس مانع للموصى أن يعين شخصاً آخر وبعبارة اخرى: تنقض الوصية ولكن الظاهر ان هذه الوصية كالعدم الا أن يقال: لافرق

١ و٢) الوسائل الباب ٣٠ من احكام الوصايا الحديث: ١ و٢

٣ و٤) نفس المصدر الخديث: ٣ وه

٥) نفس المصدر الحديث: ٤

ولافرق بين أن يموت في حياة الموصي أو بعد وفاته (١

(مسألة ۸): الظاهر ان الوارث يتلقى المال الموصى به من مورثه الموصى له اذا مات بعد موت الموصى فتخرج منه ديونه ووصاياه ولا ترث منه الزوجة اذا كان ارضا وترث قيمته ان كان تخلا أو بناء (۲ واما اذا مات الموصى له قبل الموصى فالظاهر ان

بين التقريبين في النتيجة وكيفكان فتقع المعارضة بين الجانبين وحيث ان المنقول عن العامة بطلان الوصية فالترجيح مع الطائفة الاولى لكونها مخالفة لهم والرشد في خلافهم .

ولنا في اثبات المدعى طريق آخر وهو ان التعارض الواقع بين حديث محمد بن قيس ومحمد بن مسلم يوجب تساقطهما والمرجع بعدالتساقط حديث ابن عامر لأن الحديثين المذكورين وارد ان في بيان حكم موت الموصى له قبل موت الموصى و أما حديث عباس بن عامر فهو مطلق ومن الظاهر ان المطلق لا يكون طرفاً للمعارضة مع المقيد فيكون مرجعاً بعد التعارض والتساقط لاطرفاً للتعارض فافهم واغتنم .

وفي المراجعة الآخيرة بنينا ان المرجحمنحصرفي الاحدثية والترجيح بهامع ما روي عن أبي عبدالله عليه السلام فاللازم الآخذ بمفاده فلاحظ .

- 1) فان المصرح به في حديث محمد بن قيس الموت قبل فوت الموصي ومقتضى حديث عباس بن عامر هو الاطلاق فالنتيجة ان ما أفاده في المتن تاملكن قد رجحنا ما روي عن أبي عبدالله عليه السلام على ما عن أبي جعفر عليه السلام فاللازم تخصيص حديث ابن عامر بما عن أبي عبدالله عليه السلام فالنتيجة التفصيل في المسألة هذا ما يخطر ببالي القاصر في هذه العجالة والله العالم .
- ۲) ما أفاده في هذا الفرض تام وعلى طبق القاعدة الأولية اذ بموت الموصي ينتقل المال الى ملك الموصى له ووارثه يرث المال منه ويترتب عليه احكام الارث بالنحو المذكور فى المتن .

ورثة الموصى له يتلقون الموصى به من الموصى نفسه فلا يجري عليه حكم تركة الميت الموصى له (ا وفي كلتا الصورتين المدار على الوارث للموصى له عند موته لاالوارث عند موت الموصى (تواذا مات الوارث في حياة الموصى ايضاً ففى انتقال الموصى به الى ورثته ايضاً اشكال والانتقال اظهر (".

(مسألة ٩): اذا اوصى الى احد أن يعطى بعض تركته لشخص مثلا فهل يجري الحكم المذكور من الانتقال الى الوارث لو مات فى حياة الموصى بتمليكه اشكال والجريان اظهر (¹.

(مسألة ١٠) : « يشترط فــى الموصي امور » (الاول البلوغ

۱) فان المستفادمن حديث محمد بن قيس ان الوارث يرث الوصية فلاوجه لرعاية احكام الارث من كونسهم الذكر ازيد وعدم ارث الزوجة من العقاروغيرهما من الاحكام بل مقتضى الرواية التقسيم بين الورثة بالسوية لكن مقتضى ما تقدم بطلان الوصية .

٢) فانه الظاهر من النصوص لولم يكن منصوصاً به فلاحظ .

٣) اذ المفروض ان العنوان المأخوذ في الموضوعمن يكون وارثأ عندموت
 الموصى له فموته الميزان في ترتب الحكم لكن قد مر ان موت الموصى لهقبل
 موت الموصى يبطل الوصية .

٤) لاطلاق النص وأما حديث محمد بن عمر الباهلي (* ١) فضعيف كمامر
 قريباً وقد مر ان موته قبل وفاة الموصى يبطل الوصية .

١) لاحظ ص: ٣٣٦

1)كما هوالمقرر عند القوم من عدم اعتبار تصرفاته بمقتضى الكتاب والسنة أما الكتاب فقوله تعالى « فان آنستم منهم رشداً فادفعوا اليهم اموالهم » (* 1) بتقريب انه لوكان الرشد كافياً في جواز التصرف لم يكن وجه لاختباره كسى يعلم انه بلغ أم لا وأما السنة فتدل على المدعى جملة من النصوص:

منها : مارواه عمارالساباطي، عن أبي عبدالله عليه السلام قالسألته عن الغلام متى تجب عليه الصلاة ؟ قال : اذا أتى عليه ثلاث عشرة سنة ، فان احتلم قبلذلك فقد وجبت عليه الصلاة وجرى عليه القلم ، والجارية مثل ذلك ان اتى لها ثملاث عشرة سنة أوحاضت قبل ذلك فقد وجبت عليها الصلاة وجرى عليها القلم (* ٢) ومنها : ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال عمد الصبي وخطاه واحد (* ٣).

ومنها: مارواه عبدالله بن سنان عن أبسي عبدالله عليه السلام: قال اذا بلخ اشده ثملاث عشرة سنة ودخل في الاربع عشرة وجب عليه ماوجب على المحتلمين احتلم أو لم يحتلم وكتب عليه السيئات وكتب له الحسنات وجاز له كل شيء الا أن يكون ضعيفاً أو سفيهاً (* ٤).

۲) هذا هو المشهور بين القوم على ما في كلام سيد العروة (قدس سره)وتدل
 على المدعى جملة من النصوص: منها: مارواه أبو بصير يعنى المرادي عن أبي
 عبدالله عليه السلام انه قال: اذا بلخ الغلام عشر سنين وأوصى بثلث ماله في حق

١) النساء/٢

٧) الوسائل الباب ٤ من ابواب مقدمة العبادات الحديث : ٧٧

٣) الوسائل الباب ١١ من ابواب العاقلة الحديث: ٢

٤) الوسائل الباب ٤٤ من احكام الوصايا الحديث: ١١

جازت وصيته واذا كان ابسن سبع سنين فأوصى مسن ماله باليسير في حق جازت وصيته (* ١) .

ومنها: ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلاقال: اذا اتىعلى الغلامعشر سنين فانه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدق أو أوصى علىحد معروف وحقفهو جايز (* ٢).

ومنها: ما رواه منصور بن حازم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن وصية الغلام هل تجوز؟ قال: اذاكان ابن عشر سنين جازت وصيته (٣٣) ومنها غيرها المذكور في الباب المشار اليه .

وهذه الروايات مختلفة فلابد من ملاحظتها والتوفيق بينها ان أمكن والافلابد من اعمال قانون التعارض ، فنقول اما الرواية الأولى من الباب فمطلقه ومقتضاها جواز تصرفات الصبي واما الرواية ااثانية فقد جعلت الحد عشر سنين ومقدار التصرف الثلث واذا كان التصرف يسيراً يكفي سبع سنين، وأما الثالثة فقد اطلقت في مقدار التصرف ، وأما الرابعة فضعيفة بموسى بن بكر ، وأما الخامسة فقد اطلقت من حيث المقدار ، وأما السادسة فكالخامسة ، وأما السابعة فكذلك ، وأما الثامنة فلا ترتبط بالمقام وأما التاسعة فكذلك ، وأما العاشرة فكذلك، وأما الحاديث الحاديث الحاديث وقس عليه الثانيعشر .

ومقتضى الجمع بين نصوص الباب ان البالخ عشراً اذا أوصى بثلث ماله لارحامه تجوز وصيته وفي قبال قـول المشهور قول بعدم نفوذ وصيته ذهب اليه جماعة منهم ابن ادريس وما قيل في وجهه امور:

الاول: انه خلاف الاحتياط وفيه انهمع وجود الدليلخلافة مخالف للاحتياط

١ و٧ و٣) نفس المصدر الحديث : ٢ و ١ و٧ و٧

بل مخالف للشرع.

و کان قد عقل (۱

الثاني : الأصل ، وفيه انه مع وجود الدليل لاتصل النوبة الى الأصل .

الثالث: اختلاف النصوص ، وفيه مع امكان الجمع بينهما يجمعومع عدم المكانه يعمل بقانون النعارض .

اذا عرفت ماتقدم فاعلم انه بمقتضى قانون تقييد المطلق بالمقيد لأبد من تقييد مادل من النصوص على جواز الوصية علىالاطلاق بمارواه محمد بن مسلمحيث انه قيد في هذه الرواية جوازها بصورة كون الوصية لذوي الارحام ، فالنتيجة ان وصية الصبي غير البالخ نافذة اذا كانت في أمرمشروع لرحمه لكن يرد على هذا التقريب ان حديث محمد بن مسلم (* ١) يعارضه ما يدل على نفوذ وصية ابـن عشر سنين بالعموم من وجه لاحظ ما رواه أبــو بصير (* ٢) وحيث ان ترجيح احدى الروايتين على الاخرى بالاحدثية ولا نميز الأحدث يكون المقام داخلافي كبرى اشتباه الحجة بلاحجة فلابد من اعمال حيلة والذي يختلج بالبال أن يقال: لامانع من التمسك بالأصل بأن يقال مقتضاه عدم نفوذ الوصية أو يقال: مقتضى الأصلعدم انتقال المال الى ملك الموصى له ويمكن اثبات المدعى بتقريبآخر وهو ان مقتضى دليل الارث انتقال جميع ما تركه الميت الى وارثه اذالمفروض الشك في التخصيص في مورد التعارض فلابد من الآخذ بدليل الارث فالنتيجة ان الصبى اذا بلغ عشرسنين وأوصى لرحمه تكون نافذة وأيضاً اذا كان ابن سبع سنين تجوز وصيته لرحمــه اذا كان موردها شيئاً يسيراً الا أن يقـــال : ان الاجماع والتسالم قائمان على ما هوالمشهور فيما بين القوم فلاحظ.

١) كما صرح في حديث جميل بن دراج عن احدهما عليهما السلام قال:

١) نفس المصدر الحديث: ١

٢) لاحظ ص: ٣٣٩

يجوز طلاق الغلام اذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وان لم يحتلم (* ١) .

ولقائل أن يقول: ان هذه الرواية معارضة للنصوص الدالة على أن الميزان في صحة وصية الصبي بلوغه عشرسنين ومقتضى القاعدة تخصيص كل من الطرفين بالاخر فيكون المقام داخلا في كبرى تعدد الجزاء واتحاد الشرط كقوله: « اذا خفي الاذان فقصر واذا خفي الجداران فقصر » فانه ثبت في بحث المفاهيم ان مفهوم كل من الشرطيتين يخصص بمنطوق الاخر والنتيجة كفاية احد الامرين في ترتب الجزاء وهذا التقريب ان تم يجري بالنسبة الى الحديثين المتقدمين اعني البلوغ عشراً والوصية للرحم بأن يقال ان حديث ابن مسلم بمنطوقه يقيد ويخصص مفهوم حديث أبي بصير يخصص بمنطوقه مفهوم حديث ابن مسلم فالنتيجة نفوذ وصية الصبي اذا عقل أو اذا بلغ عشراً أو اذا بلغ سبع سنين أو اذا كان موردها شيئاً يصيراً أو اذا أوصى لرحمه الأأن يقال: انه مع عدم العقل لا تجوز وصيته بالضرورة اذ لولم يكن عاقلا لا يكون مميزاً و كيف يمكن الالتزام بجوازوصية الصبي غير المميز فاشتراط العقل مما لااشكال فيه فلاحظ.

١) كماصرح في حديث زرارة (٣٤) والرواية ضعيفة بموسى بن بكر ولكن اشتراط كون مورد الوصية بالخير وكونه معروفاً امر علي القاعدة ولا يحتاج الى دليل خاص .

٢)كما هو مقتضى الجمع بين نصوص الباب فـان مقتضى مفهوم الشرطية
 الواقعة في حديث محمد بن مسلم عدم صحة وصيته اذا كان لغير الرحم .

٣) بل ظهرانه لامجال له والدليل علىالاشتراطاتام وعدم ذهاب المشهور الى

١) الوسائل الباب ١٥ من احكام الوقوف والصدقات الحديث: ٢

٢) لاحظ ص: ٢٤٠٠

١) ما يمكن أن يقال في وجهه امـور : الاول : الاجماع المدعى في المقام
 واشكال الاجماع واضح .

الثاني: حديث رفع القلم عن المجنون كما روى ابن ظبيان قال: اتي عمر بامرأة مجنونة قد زنت، فأمر برجمها، فقال علي عليه السلام أما علمت ان القلم يرفع عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ؟ (* ١) بتقريب ان مقتضى رفع القلم عنه انه لايكتب عليه شيء ولازمه انه لو عامل لايترتب على معاملته اثر ولا يؤخذ بشيء فتكون معاملته فاسدة.

ويمكن أن يقال: ان المستفاد من الرواية بحسب الفهم العرفي ان الشخص اذا كان غير بالخ أو كان مجنونـــأ أو نائماً لايتعلق به التكليف فـــلا ترتبط الرواية بالمقام فتأمل.

اضف الى ذلك ان رفع الفلم لاينافي صحة وصيته وان شئت قلت: ان العرف بمناسبة الحكم والموضوع يفهم من حديث رفع القلم انه لايكتب على المجنون شيء ووصيته لاتكون عليه بـل له ان قلت: المجنون لايكون رشيداً ويشترط في صحة المعاملات والعةودكون الشخص رشيداً.

قلت: الجنون لايستلزم السفاهة ولذا نرى ان الماتن وغيره جعل العقل شرطاً تارة والرشد اخرى ، اللهم الا أن يقال انه لاريب في عدم صحة تصرفات المجنون ويضاف الى ذلك ان الرواية ضعيفة سنداً.

١) الوسائل الباب ٤ من ابواب مقدمة العبادات الحديث: ١١

والمغمى عليه (أوالسكران حال جنونه واغمائه وسكره (أواذا اوصى حال عقله ثم جن أوسكر أواغمى عليه لم تبطل وصينه (أولى اعتبار الرشد فيه اشكال فلايترك الاحتياط (الثالث): الاختيار فلا تصح وصية المكره (أ

الثالث: انه غير قاصد والانشائيات متقومة بالقصد وهذا الوجه غير تــام اذ يمكن فــرض تحقق الانشاء من المجنون فالدليل علـــى المنــع منحصر في التسالم وكونه أمراً واضحاً.

- ١) لعدم كونه شاعراً وقاصداً فأمره غير نافذ.
- ٢) بشرط أن يكون مسلوب القصد والارادة والا فيشكل ما أفاده اذ أي دليل
 دل على بطلان انشاء السكران .
 - ٣) لتمامية اركانها .
- ٤) بل لاوجــه للصحة بدون الرشد لأن الشارع الأقــدس اشترط في صحة التصرف كون المتصرف رشيداً فلا اثر لمعاملاته .

ان قلت: عدم ترتيب الأثرمن قبل الشارع على انشائه خلاف الامتنان والحال ان منعه عن الانتفاع بماله على خلاف الامتنان. خلاف الامتنان.

قلت : هذا التقريب غيسر صحيح اذ المفروض ان السفيه لايسدرك مصالحه فمقتضى الامتنان منعه وحجره عن التصرف وهذا حكم امتناني بلا اشكال ولاكلام فلاحظ .

ه) فان حدیث رفع الاکراه یقتضیعدم تأثیر الانشاء الاکراهی لاحظ ماروی عن أبی الحسن علیه السلام فی الرجل یستکره علی الیمین فحلف بالطلاق و العتاق و صدقة ما یملك أیلزمه ذلك ؟ فقال: لا قال رسول الله صلی الله علیه و آله: وضع

عن امني ما اكرهوا عليه ومالم يطيقوا وما اخطأوا (* ١) فان المستفاد من الخبر المذكور ولو باعانة تطبيقه عليه السلام ان الامر الاكراهي لايترتب عليه اثر .

۱) لأنه ممنوع عن التصرف بالكتاب والسنة وأما الكتاب فقوله تعالى «ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لايقدر على شيء» (* ٢) وأما السنة :

فمنها : ما رواه عبدالرحمن بن الحجاج ، عن احدهما عليهما السلام انه قال لأوصية لمملوك (%٣) .

وهـذه الرواية ضعيفة بعلي بن حديد لكـن يكفي لائبات المدعى ما رواه محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام انه قال في المملوك مادام عبـدا فانه وماله لاهله لايجوز له تحرير ولاكثير عطاء ولا وصية الا أن يشاء سيده (* ٤).

ويمكن الاستدلال على المدعى : بما رواه زرارة عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام قالا: المملوك لايجوزطلاقه ولا نكاحهالا باذن سيده قلت : فان السيد كان زوجه بيد من الطلاق ؟ قال: بيد السيد ضرب الله مثلاعبداً مملوكاً لايقدر على شيء الحديث (* 0).

٢) على ما ثبت عندهم من صحة عقد الفضولي بالاجازة المتأخرة وقدتعرضنا في بحث المعاملات لبحث عقد الفضولي، وقلنا ان الحق ان عقد الفضولي لا يصح الا فيما يثبت في مورد خاص .

١) الوسائل الباب ١٢ من أبواب كتاب الايمان الحديث : ١٢

٧) النحل/٥٧

٣) الوسائل الباب ٧٨ من أحكام الوصايا الحديث: ٢

٤) نفس المصدر الحديث: ١

٥) الوسائل الباب ٥٥ من أبواب مقدمات الطلاق

وصفوة القول: ان العقد اذا لــم يكن واجداً للشرائط يكون باطلا وحيث ان الشيء لاينقلب عما هوعليه فلا يمكن الحكم بصحته والاجازة المتأخرة لاتغير الواقع كما هو ظاهر.

ان قلت: ان الاجازة المتأخرة توجب انتساب العقدالواقع سابقاً الى المجيز فيصح العقد من حين الانتساب قلت: يرد عليه اولا: النقض ببقية الشرائط مثلالو باع زيد ملك عمرو بالبيع الغرري هل يمكن أن يصير صحيحاً بالاجازة حالكون ارتفاع الغرر وحكم الامثال واحد.

وثانياً: ان الامور النكوينية الخارجية الصادرة من شخص لاتستند الى غيره والبيع عبارة عن الاعتبار النفساني وانشاء ذلك الاعتبار بمنشأ خارجي وكلاالامرين من الموجودات الواقعية اذ نفس الاعتبار أمر واقعي كالفرض والتصور نعم متعلقه اعتباري كما ان الانشاء الفعلي أو القولي أمر واقعي والأمر الواقعي غير قابل للنيابة وغير قابل للاستناد بالاجازة فلا يكون عقد الفضولي صحيحاً.

ان قلت: هب ان الامركذلك لكن صريح حديث محمدبن قيس جوازوصية العبد اذا شاء سيده قلت: ان المستفاد من هذه الرواية ان وصية العبد مع موافقة سيده تصح ولا يستفاد منها صحة الفضولي .

وملخص الكلام: ان الصادر عن العبد بلا اذن سيده باطل ولا دليل على أن ماوقع باطلا حدوثاً يكون صحيحاً بقاء، ولكن مع ذلك كله الحق صحة الفضولي بالاجازة بواسطة حديث زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده، فقال: ذاك السي سيده انشاء اجازه وان شاء فرق بينهما، قلت: اصلحك الله ان الحكم بن عيينة وابراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: ان اصل النكاح فاسد، ولا تحل اجازة السيد له، فقال أبو جعفر عليه السلام:

تكون في مال غيره كما اذا أوصى ان يدفن في مكان معين (١ ، واذا أوصى ثم انعتق وأجازها صحت وان لم يجز المولى (١ (الخامس) أن لايكون قاتل نفسه فاذا اوصى بعد ما أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه من جرح أوشرب سم أو نحو ذلك لم تصح وصيته اذا كانت في ماله (٣

انه لم يعص الله ، وانما عصى سيده ، فاذا اجازه فهو له جايز (* ١) وقد تعرضنا لما يستفاد من الرواية في بحث الفضولي فراجع .

١) خلافاً لسيد العروة (قدس سره) حيث افتى بجواز وصيته فيمااذا أوصى بدفنه في مكان خاص لايحتاج الى صرف مال ، لكن الانصاف ان مقتضى دليل الحجر كتاباً وسنة عدم نفوذ وصيته فانه عبدكل على مولاه لايقدر على شيء.

٢) قد ظهر مما تقدم ان هذا أيضاً مشكل لوحدة الملاك ولو قلنا بالصحة في المقام يلزم أن نقول بها فيما لو باع مع فقد بعض الشرائط وبعد اجتماعه وتمامية الشرائط يصح العقد بالاجازة وهل يمكن الالتزام بالصحة ؟كلا ولكن قد تقدمان الفضولي يصح مع الاجازة .

٣) على ما هو المشهور عند القوم بل على ما يظهرمن كلام سيدالعروة قدس سره انه ادعي عليه الاجماع وفي قباله قول ابن ادريس ومن تبعه والاصل في هذا الحكم ما رواه أبو ولاد قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: من قتل نفسه متعمداً فهو في نار جهنم خالداً فيها ، قلت « قيل له . يه » ارأيت ان كان أوصى بوصية ثم قتل نفسه من ساعته تنفذ وصيته ؟ قال: فقال ان كان أوصى قبل أن يحدث حدثاً في نفسه من جراحة أو قتل اجيزت وصيته في ثلثه ، وان كان أوصى بوصية

١) الوسائل الباب ٢٤ من نكاح العبيد والاماء الحديث : ١

وأما اذاكانت في غيره من تجهيز ونحوه صحت '' ، وكذا اذا فعل ذلك لاعن عمد بل كان خطأ أوسهوا 'آ أو كان لابقصد الموت بل لغرض آخر 'آ أو على غير وجه العصيان مثل الجهاد في سبيل الله '' وكذا اذا عوفي ثم أوصى ' بل انظاهر الصحة المضادا أوصى بعد ما فعل السبب ثم عوفي ثم مات 'آ .

(مسألة ١١) : اذا أوصى قبـل أن يحدث فـي نفسه ذلك ثم أحدث فيها صحت وصيته وانكان حين الوصية بانياً على أن يحدث

وبعبارة اخرى: السؤالعن، مطلق وصيته وفي، مقام الجواب فصل بين الصورتين ففي الصورة الأولى تنفذ في الثلث وفي الصورة الثانية لاتنفذ على الاطلاق .

٢) فان التعمد صرح به في الحديث .

٣) فان المستفاد من الحديث ان الموضوع تعمد القتل وارادته .

٤) اذ المفروض في الخبر ان المتصدي من اهــل جهنم ولا يمكن تصوره
 في صورة الاتيان به من باب الوظيفة ، فلاحظ .

ه) لخروج المورد عن تحت النص بل لو أوصى قبل العافية ثم عوفي لعين
 الملاك .

٦) قد ظهر وجهه مما تقدم فان الموضوع غير متحقق فلا وجه لعدم النفوذ .

بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أو قتل لعله يموت لم تجز وصيته (*١) .

اللمناقشة فيما أفاد مجال اذ قد حكم بالصحة بثلث المال اذا لم يكن قاتلا
 لنفسه وأما من قتل نفسه فلا وصية له على الاطلاق .

١) الوسائل الباب ٥٦ من أحكام الوصايا الحديث: ١

(مسألة ١٢): تصح الوصية من كل من الاب والجد بالولاية على الطفل مع فقد الاخر^{(٢}

١) لخروج هذه الصورة عن تلك الكبرى المستفادة من الرواية ، فلاحظ .

۲) نصاً وفتوى بـل اجماعاً بقسمیه ـ كما في الجواهر ـ ویمكن الاستدلال على المدعى بجملة من النصوص: منها: ما رواه محمد بن مسلم عـن أبیعبدالله علیه السلام انه سئل عـن رجل أوصى الى رجل بولده وبمال لهم واذن لـه عند الوصیة أن یعمل بالمال ، وأن یكون الربح بینه وبینهم، فقال: لابأس به من اجل ان اباه قد اذن له في ذلك وهو حي (* ۱) وهذه الروایة ضعیفة بحسن بن علي .

ومنها: مارواه خالد « ابن بكير خ » الطويل قال: دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال: يا بني اقبض مال اخوتك الصغار واعمل به ، وخذ نصف الربح واعطهم النصف ، وليس عليك ضمان ، فقد متني ام ولد ابسي بعد وفاة ابي الى ابن ابي ليلي ، فقالت: ان هذا يأكل اموال ولدي قال: فاقتصصت عليه ماامرني به ابي، فقال لي ابن ابي ليلي ان كان ابوك امرك بالباطل لم اجزه، ثم اشهد علي ابن ابي ليلي ان اناحر كته فانا له ضامن، فدخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقصصت عليه قصتي ثم قلت له: ما ترى ؟ فقال: أما قول ابن ابي ليلي فلا استطيع رده وأما فيما بينك وبين الله عزوجل فليس عليك ضمان (* ٢).

وهذه الرواية ضعيفة بخالد واصلاح السند بكون ابـن ابي عمير في السند كما في كلام السيد الخوانساري قدس سره في جامع مداركه لايترتب عليه اثـر كما حققناه في محله .

١) الوسائل الباب ٩٢ من أحكام الوصايا الحديث : ١

٧) نفس المصدر الحديث: ٢

ولا تصح مع وجوده^{(۱}.

(مسألة ١٣): لايجوز للحاكم الوصية بالولاية على الطفــل

ومنها : مارواه سعد بن اسماعيل عن ابيه ، قال : سألت الرضا عليه السلام عن وصي ايتام يدرك ايتامه فيعرض عليهم أن يأخذوا الذي لهم فيأبون عليه كيف يصنع ؟ قال : يرد عليهم و يكرههم عليه «على ذلك . يب» (* ١) ولم يثبت كون اسماعيل الواقع في السند ثفة .

ومنها: ما ارسله محمد بن عيسى ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال في رجل مات وأوصى الى رجل وله ابن صغير فادرك الغلام وذهب الى الوصي وقالله: رد علي مالي لاتزوج فأبي عليه ، فذهب حتى زنى ، فقال ، يلزم ثلثي اثم زنا هذا الرجل ذلك الوصي الذي « لأنه . خ » منعه المال ولم بعطه فكان يتزوج (* ٢) والمرسلات لااعتبار بهاكما هو ظاهر .

ومنها: مارواه العيص بن القاسم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن اليتيمة متى يدفع اليهامالها ؟ قال: اذا علمت انهالاتفسد ولاتضيع فسألته انكانت قد تزوجت ؟ فقال: اذا تزوجت فقد انقطع ملك الوصى عنها (* ٣).

والظاهر ان هـذه الرواية لابأس بها سنداً مضافاً الـــى أن السيرة جارية على الوصية على التيم وجعل القيم له بلا انكار من المتشرعة وهذا آية الجواز .

١) ادعي عليه عدم الخلاف بل ادعي عليه الاجماع والفاعدة الأولية تقتضي عدم الجواز فان الولاية على خلاف الاصل فلابدمن الاقتصار على المقدار المعلوم ولا اطلاق في النصوص من هذه الجهة ، فلاحظ .

١) الوسائل الباب ٤٧ من احكام الوصايا الحديث: ١

٢) الوسائل الباب ٤٦ من احكام الوصايا الحديث : ١

٣) الوسائل الباب ٥٥ من احكام الوصايا الحديث : ١

(مسألة ۱۶): لو أوصى للاطفال واحدمن أرحامهم أوغيرهم ممال وجعل أمره الى غير الاب والجد وغير الحاكم لـم يصح بل يكون للاب والجد مع وجود احدهما وللحاكم مع فقدهما (۲، نعم لو أوصى أن يبقى ماله بيد الوصى حتى يبلغوا فيملهكم اياه صح (۶ وكذا اذا اوصى أن يصرف ماله عليهم من دون أن يملكهم اياه (۱ مسألة ۱۵): يجوز أن يجعل الاب والجد الولاية والقبمومة

علمى الاطفال لاثنين أو اكثركما يجوز جعل الناظر علمى القيم المذكور (° ويجوز جعل الناظر لمه ايضاً كما يأتى في الناظر على

۱) لعدم الدليل وبعبارة اخرى لادليل على ولاية الحاكم بعد موتـه فلا يجوز جعلها لغيره .

لأن ولاية مال الطفل للاب والجد ومع فقدهما للحاكم فلا يمكن جعلها
 لغيرهم .

٣) لمشروعية الوصية فتصح لصحتها .

٤) لوحدة الملاك .

ه) الذي يظهر من كلمات الأصحاب ان الأمر مورد التسالم عندهم وانه يجوز جعل الولاية من الأب أو الجد للموصى اليه وبعد فرض الجواز لافرق بين جعل الولاية لواحد وجعلها للأكثر ، وأما جواز جعل الناظر فيتم بعموم جواز الوصية ويمكن الاستدلال على جواز جعل القيمومة للمتعدد، بالسيرة الخارجية غير المردوعة مضافة الى التسالم بين الاصحاب بالاضافة الى عدم الفرق بين الوصاية على المال

(مسآلة ١٦): اذاقال الموصى لشخص انت ولي وقيم على اولادي الفاصرين وأولاد ولدي ولم يقيد الولاية بجهة بعينها جاز له التصرف في جميع الشئون المتعلقة بهم من حفظ نفوسهم وتربيتهم وحفظ

والنفس في نظر العرف ، فان ثبت الجواز بالنسبة الى احد الامرين يثبت الاخر فتأمل.

اضف الى ذلك كله انه يستفاد الجواز من النصوص الدالة على جواز اكل القيم من مال اليتيم لاحظ النصوص الواردة في هذا الباب:

منها: ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزوجل « فلياً كل بالمعروف » قـــال: المعروف هو القوت ، وانما عني الوصي أو القيم في أموالهم وما يصلحهم (* ١).

ومنها: ما رواه حنان بن سديرقال: قال أبو عبدالله عليه السلام سألني عيسى بن موسىءن القيم للأيتام في الأكل وما يحل له منها ، فقلت له: اذالاط حوضها وطلب ضالتها ، وهنأجر باهافله أن يصيب من لبنها في غير نهك لضرع ولافساد لنسل (* ٢).

ومنها: ما رواه هشام بن الحكم قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عمن تولى مال اليتيم ماله ان يأكل منه ؟ فقال: ينظر الى ما كان غيره يقوم به من الأجر لهم فليأكل بقدر ذلك (٣*) بتقريب ان المستفاد من هذه النصوص جو از ها للمتعدد بمقتضى اطلاقها .

١) لعموم دليل الوصية فلاحظ .

١) الوسائل الباب ٧٢ من ابواب ما يكتسب به الحديث : ١

٢ و٣) نفس المصدر الحديث: ٢ و٥

اموالهم والانفاق عليهم راستيفاء ديونهم ووفاء ما عليهم من نفقات أو ضمانات او غير ذلك من الجهات (واذا قيد الولاية بجهة دون جهة وجب على الولى الاقتصار على محل الاذن دون غيره من الجهات وكان المرجع في الجهات الاخرى الحاكم الشرعي (٢. مسألة ١٧): بجوز للقيم على اليتيم أن يأخذ اجرة مثل عمله اذا كانت له اجرة وكان فقيراً أمااذاكان غنياً ففيه اشكال والاحوط

١) كما هو ظاهر فان مقتضى اطلاق الجعل الجواز على الاطلاق.

۲)الوجه فيما أفاده ظاهرفان المفروض ان هذه الولاية مجعولة من قبل الأب
 والجد فلابد من الاقتصار على مقدار الجعل وفي بقية الجهات المرجع هو الحاكم
 الذي له الولاية العامة .

٣) يظهر من بعض الكلمات ان الاصحاب متفقون على جواز الاخد لكن اختلفوا فيما يؤخذ على اقوال: احدها جواز أخد اجرة المثل ، ثانيها: جواز اخذ مقدار حاجته ثالثها: جواز اخذ اقل الامرين رابعها: جواز الاخذ بشرط كونه فقير أكما في المتن .

ويمكن أن يقال: ان المستفاد من الكتاب والسنة جواز اخذ اجرة المثل بشرطكونه فقيراً لاحظ قوله تعالى «وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان انستم منهم رشد افادفعوا اليهم اموالهم ولاتأكلوها اسرافاً وبداراً أن يكبرواومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف (*١) فان الأكل في مثل هذه الاستعمالات يستفاد منه التملك كما ان المعروف ماعرفعند الناس و بعبارة اخرى

الترك^{(٣}.

۱) النساء/ ۲

يكون عند العقلاء متعارفاً ولا يكون منكراً وأخذ اجرة المثل امــر غيــر منكر عندهم .

ويمكن الاستدلال على المدعى بجملة من النصوص منها: مارواه عبدالله بن سنان قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام وانا حاضرعن القيم لليتامى في الشراءلهم والبيع فيما يصلحهم أله أن يأكل من أموالهم؟ فقال: لابأس أن يأكل من اموالهم بالمعروف كما قال الله تعالى في كتابه « وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشداً فادفعو اليهم اموالهم ولاتأكلوها اسرافاً وبداراً ان يكبرواومن كان غنياً فليستعفف ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » هو القوت وانما عنى فليأكل بالمعروف الوصي لهم والقيم في أموالهم ما يصلحهم (%1).

ومنها: مارواه سماعة ، عـن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزوجل: «ومن كان فقيراً فلياً كل بالمعروف » قال: مـن كان يلي شيئاً لليتامي وهو محتاج ليس له ما يقيمه فهو يتقاضى اموالهم ويقوم في ضيعتهم فليأكل بقدر ولا يسرف وان كان ضيعتهم لاتشغله عما يعالج بنفسه فلا يرزان من اموالهم شيئاً (* ٢).

ومنها: مارواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال: سألته عن رجل بيده ما شية لابن اخ له يتيم في حجره ، أيخلط أمرها بأمر ما شيته ؟ قال: انكان يليط حوضها ويقوم على مهنتها ويرد نادتها فيشرب من ألبانها غير منهلك للحلاب ولا مضر بالولد (* ٣) .

ومنها : مارواه عبدالله بن سنان وحنان وهشام (* ٤) ثم انه يظهر من بعض

١) تهذيب الاحكام ج ٩ ص ٢٤٤ الحديث ٤٢

٢ و٣) الوسائل الباب ٧٢ من ابواب ما يكتسب به الحديث : ٤ و٦

٤) لاحظ ص: ٣٥٢

النصوص خلاف المدعى ، لاحظ حديث أبي الصباح فان المستفاد منه ان المال لوكان قليلا لايأخذ (* ١) .

ولقائل أن يقول ان النسبة بين هذه الرواية وبقية الأدلة من الكتاب والسنة عموم وخصوص بنحو الاطلاق، وعليه يكون مقتضى القاعدة تخصيص تلك الأدلة بهذه الرواية فالنتيجة ان مال اليتيم اذا كان قليلا لا يجوز الاخذ منه للقيم ويمكن أن يكون المراد انه لو كان عمل القيم بمقدار لا تكون له اجرة في نظر العرف لا يأخذ.

وأما حديث رفاعة (عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله : «فليأكل بالمعروف» قال: كانأبي يقول: انها منسوخة) (*٢)الدال على نسخ الحكم فلارساله لايترتب عليه اثر ، فلا تغفل .

والانصاف: ان نصوص الباب متعارضة فان المستفاد من حديثي عبدالله بن سنان (* ٣) انه لايجوز للقيم الا بمقدار القوت والقوت على ما يستفاد من اللغة ما يسد به الرمق والمستفاد من حديث سماعة (* ٤) انه اذا كان فقيراً وليس له ما يقيمه يجوز له الأخذ بالمقدار الذي يقيمه، ومقتضى اطلاقه الجواز حتى في صورة كون المقدار المذكور اكثر من اجرة المثل فيقع التعارض بين الحديثين .

فيمكن أن يقال: بأن الترجيح مع حديث سماعة لكونهامو افقة للكتاب فيؤخذ بها و ان أبيت عن هذا الجمع نقول يقع التعارض وبعد النساقط يرجع الى اطلاق

١) الوسائل الباب ٧٢ من ابواب ما يكتسب به الحديث : ٣

٢) نفس المصدر الحديث: ١١

٣) لاحظ ص: ٢٥٢ و٣٥٤

٤) لاحظ ص: ٣٥٤

الكتاب وفي المراجعة الآخيرة بنينا على حصر المرجح في الاحدثية وبينا المراد في خاتمة الجزء الثامن من هذا الشرح وحيث ان الاحدث غير محرز فلابد من العمل على طبق الاحتياط وبعبارة اخرى: حيث لاتميز الحجة عن لاحجة فلابدمن العمل على نحو يوافق الاحتياط.

اذا عرفت: ما تقدم فلنا أن نقول بأن المستفاد من مجموع الآدلة انه يجوز له أن يأخذ من مال اليتيم بالنحو المعروف والمقدار المعروف على ما في كلام صاحب الحدائق _ مالا اسراف فيه ولاتقتير وهو الحد الوسط بل يستفاد المدعى من حديث سماعة حيث قيد الجواز بعدم السرف.

بل يمكن أن يقال: ان هذا هو المتفاهم العرفي عند اطلاق هذا اللفظ، ولا يخفى انه لا يختص جواز الاخذ بنفسه بل يجوز له ما يقيمه على نحوالاطلاق ومن الظاهر ان عدم لحاظ عياله الواجب نفقته عليه تضييع اياه وان شئت قلت: المستفاد من حديث سماعة ان المحتاج يجوز له أن يأخذ بمقدار لا يكون اسرافأ فبمقتضى الاية والرواية يجوز أن يأخذ بمقدار لا يكون مسرفاً لكن يشترط جواز اخذه بشروط:

الاول: ان يكون فقيراً ويدل عليه الكتاب وخبر سماعة فانه صرح فيهما بكونه فقيراً ، وما عن المسالك من الميل الى استحباب العفة اذا كان غنياً لاوجه له .

الثاني: اشتغاله باصلاح امو الهم بحيث يمنعه عن الاشتغال لنفسه فان كان قادراً على الاشتغال بكلا الامرين و تحصيل معاشه لا يجوز له الآخذ لاحظ حديث سماعة ومثله حديث زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن قول الله «ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » قال: ذلك اذا حبس نفسه في أمو الهم فلا يحترف لنفسه

فليأكل بالمعروف من مالهم (* ١).

الثالث : سعة مال اليتيم اما لوكان قليلا فلا يجوز الآخذ ويدل عليــه حديث أبي الصباح الكناني عن أبيعبدالله عليه السلام في قول الله عزوجل: « ومن كان فقيراً فليأكل بالمعروف » فقال : ذلك رجل يحبس نفسه عن المعيشة فـلا بأس أن أن يأكل بالمعروف اذاكان يصلح لهم أموالهم ، فان كان المال قليلا فلا يأكل منه شيئاً الحديث (* ٢) .

ومقتضى قانون الاطلاق والتقييد تقييد الكتاب والسنة بهذه الرواية وقد ثبت في محله جواز تخصيص العام الكتابي بالخبر الواحد .

ويـــدل على المدعى أيضاً حديث أبي اسامة عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله : (فليأكل بالمعروف) فقال : ذلك رجـل يحبس نفسه على أموال اليتامي فيقوم لهم فيها ويقوم لهم عليها فقد شغل نفسه عن طلب المعيشة فلا بأس أن يأكل بالمعررف اذا كان يصلح أموالهم ، وان كان المال قليلا فلا يأكل منه شيئاً (٣٣) لكن الحديثين مخدوشان سنداً ، أما الحديث الثاني فواضح وأما الحديث الأول فلكون محمد بن الفضيل الواقع في السند مشتركأ بين الثقة وغير الثقة فيشكل الاعتماد عليه ، والله العالم .

الرابع : أن لايكون بنحو الاسراف والدليل عليه قولــه تعالى وما ورد في حديث سماعة فانقدح بما ذكرنا ان الحق اختيار هذاالقول ويترتب عليه انه يجوز الآخذ بمقدار الحاجة أعم من أن يكون بمقدار اجرة المثل أو أقل أوأكثر ، وأما

١) الوسائل الباب ٧٢ من ابواب ما يكتسب به الحديث: ١٠

٢) الوسائل الباب ٧٢ من ابواب ما يكتسب به الحديث: ٣

٣) الوسائل ج ١٢ - في ذيل ص: ١٨٧

فصل في الموصى به

(مسألة ۱): يشترط في الموصى به أن يكون مماله نفع محلل (معتدبه (مسألة ۱): يشترط في الموصى به أن يكون مماله نفع محلل المعتدبه (مساء أكان عيناً موجودة أم معدومة اذا كانت متوقعة الوجودة كما اذا اوصى بما تحمله الجارية اوالدابة أومنفعة لعين موجودة أومعدومة متوقعه الوجود أوحق من الحقوق القابلة للنقل مثل حق التحجير ونحوه لامثل حق القذف ونحوه مما لايقبل الانتقال الى الموصى له (۲)

حديث هشام (* 1) الدال على اخــذ اجرة المثل فسنده ضعيف بعلي بن السندي ولم يثبت وثاقته .

قلت: او لا يرد عليه النقض بمنفعة الدار المتجددة وثانياً نجيب بالحل وهو ان المالك للعين مالك لها بالملكية المرسلة وبتبع العين يملك منافعها بالملكية المرسلة فلا مانع من الوصية ومما ذكرنا يظهر الوجه في بقية ما أفاده فانمقتضى اطلاق دليل نفوذ الوصية صحة الوصية في جميع ما ذكر من الاقسام.

١ اذ الوصية بلحاظ المنفعة المحرمة لاتصح فلابد مـن فرض منفعة محللة
 في موردها .

٢) يمكن أن يكون الوجه في الاشتراط المذكور الانصراف.

٣) لاطلاق دليل الوصية، ان قلت: ان الحمل المتجددمثلا بعد موت الموصي
 يصير ملكاً للوارث فكيف تتعلق به الوصية .

١) لاحظ ص: ٣٥٢

(مسألة ٢) : اذا أوصى لزيد بالخمر القابلة للتخليل أو التي ينتفع بها اذاكسرت بها في غير الشرب أو أوصى بآلات اللهو اذاكان ينتفع بها اذاكسرت صح ١٠٠.

(مسألة ٣): يشترط في الموصى به أن لا يكون زائداً على الثلث فاذا أوصى بمازاد عليه بطل الايصاء في الزائد^{٢٠}.

١) اذ المفروض ان مثل هذه المنافع حلال فتصح الوصية باطلاق دليلها .

γ) ادعي عليه الأجماع بقسميه وتدل عليه جملة من النصوص: منها: مارواه حمران ، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل اوصى عند موته وقال: اعتق فلانا وفلانا وفلانا حتى ذكر خمسة ، فنظر في ثلثه فلـم يبلخ ثلثه أثمان قيمة المماليك الخمسة الذين أمر بعتقهم ، قال : ينظر الـي الذين سماهم وبدأ بعتقهم فيقومون وينظر الى ثلثه فيعتق منه اول شبىء ذكر، ثم الثاني والثالث ثم الرابع ثم الخامس فان عجز الثلث كان في الذين سمى اخيراً لأنه أعتق بعد مبلغ الثلث مالا يملك فلا يجوز له ذلك (* ١) .

ومنها: مارواه محمد بن مسلم ، عن أبى عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجـل حضره الموت فاعتق غلامه وأوصى بوصية فكان أكثر مـن الثلث ، قال: يمضي عتق الغلام ويكون النقصان فيما بقى (* ٢).

ومنها: مارواه محمد بن مسلم أيضاً ، عن أبى جعفر عليه السلام قال في رجل أوصى بأكثر من الثلث واعتق مما ليكه في مرضه ، فقال: ان كان أكثر من الثلث رد الى الثلث وجاز العتق (* ٣) .

١) الوسائل الباب ٦٦ من احكام الوصايا الحديث : ١

٢ و٣) الوسائل الباب ٦٧ من احكام الوصايا الحديث : ١ و ٤

ومنها: مارواه احمد بن محمد قال : كتب احمد بن اسحاق الى أبى الحسن عليه السلام: ان ردة بنت مقاتل توفيت و تركت ضيعة اشقاصا في مواضع، وأوصت السيدنا في اشقاصها بما يبلغ أكثر من الثلث، ونحن أوصيائها واحببنا انهاء ذلك الى سيدنا ، فان أمرنا بامضاء الوصية على وجهها أمضيناها وان أمرنا بغير ذلك انتهينا الى امره في جميع ما يأمر به انشاءالله ، قال : فكتب عليه السلام بخطه : ليس يجب لها في تركتها الا الثلث ، وان تفضلتم وكنتم الورثة كان جائزاً لكم انشاء الله (* ١) .

وفي قبال هذه الطائفة طائفة اخرى تدل على نفوذ الوصية في تمام ما تركه الميت لاحظ مارواه محمد بن عبدوس قال: أوصى رجل بتركته متاع وغير ذلك لأبي محمد عليهما السلام فكتبت اليه: رجل أوصى الي بجميع ما خلف لك، وخلف ابنتي أخت له، فرأيك في ذلك، فكتب الي: بعما خلف وابعث به الي فبعت و بعثت به اليه، فكتب الي: قد وصل (* *) وهذه الرواية ضعيفة بضعف اسناد الشبخ قدس سره الى على بن الحسن بن فضال، و بمحمد بن عبدوس.

ولاحظ مارواه عمار بن موسى عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الرجل احق بماله مادام فيه الروح اذا أوصى به كله فهو جائز (* ٣) وهذه الروابة ضعيفة أيضاً سنداً.

١) لمكاتبة احمد بن اسحاق (* ٤) .

١) الوسائل الباب ١١ من احكام الوصايا الحديث : ١

٢ و٣) نفس المصدر الحديث : ١٦ و١٩

٤) مرآنفاً

(مسألة ٤): لااشكال في الاجتزاء بالاجازة بعد الوفاة ' وفي الاجتزاء بها حال الحياة قولان اقواهما الاول" وليس للمجيز الرجوع عن اجازته حال حياة الموصى ولابعد وفاته (١

٣) قال في الجواهر يل هو المشهور بل عن الشيخ الأجماع عليه ويدل على المدعى حديث محمد بن مسلم عن أبى عبدالله عليه السلام في رجل أوصى بوصية وورثته شهود فاجازوا ذلك فلمامات الرجل نقضوا الوصية هل لهم أن يردواما أقروا به ؟ فقال : ليس لهم ذلك ، والوصية جائزة عليهم اذا أقروا بها في حياته (٢٤).

ويدل عليه أيضاً مارواه منصور بن حازم قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بوصية أكثر من الثلث وورثته شهود فاجازوا ذلك له، قال: جائز قال ابن رباط: وهذا عندي على انهم رضوا بذلك في حياته واقروا به (* ٣).

٤) لما رواه محمد بن مسلم (* ٤) ومثله في الدلالة على المقصود ما رواه منصور بن حازم (* ٥) بل يمكن الاستدلال على المدعى بمكاتبة احمد بن

١) كماهو مقتضى القاعدة و بعبارة اخرى لوجود المقتضي وعدم المانع بالنسبة
 الى المقدار المجاز .

٢) عن الجواهر انه اجماعي بقسميه ويدل على المدعى مكاتبة احمد بـن اسحاق (*١) فان مقتضى هذه الرواية اناجازة الوارث بعد وفاة الموصي تؤثر في نفوذ الوصية واعتبارها .

١) لاحظ ص: ٣٩٠

٢ و٣) الوسائل الباب ١٣ من أحكام الوصايا الحديث : ١ و٢

٤) مرآنفا

٥) مرآنفاً

مرض الموصى وحال صحته ولابينكون الوارث غنياً وفقيراً (٢.

(مسألة ٥): لايشترط في نفوذ الوصية قصد الموصى انها من الثاث الذي جعله الشارع له فاذا أوصى بعين غيرملتفت الى الثلث وكانت بقدره أو أقل صح واذا قصد كونها من ثلثى الورثة فان اجازوا صح والابطل وان قصد كونها من الاصل نفذت الوصية في ثلثها وتوقف في ثلثيها على اجازة الورثة . هذا اذا اوصى بثلث الباقى كما اذا قال فرسى لزيد وثلثى من باقى التركة لعمروفانه تصح وصيته لعمرو. وأما وصيته لزيد فتصح اذا رضى الورثة والاصحت في ثلث الفرس أما اذا لم يوص بالثلث فان لم تكن زائدة على الثلث نفذت وان زادت على الثلث توقف نفوذها في الزائد على اجازة الورثة ".

(مسألة ٦) : اذا وصى بعين معينة أو بمقدار كلى مــن المال

اسحاق(*١) فان مقتضي اطلاق الرواية نفوذ الاجازة فلاحظ.

¹⁾ للاطلاق فان مقتضاه عدم الفرق.

٢)كل ذلك للاطلاق ، فلاحظ .

٣) لصدورها من اهله ووقوعها في محلها ، وبعبارة اخرى لتمامية المقتضي وعدم المانع ثم ان ما أفاده في هذا الفرع بتمامه على طبق القاعدة المستفادة من النص من نفوذ الوصية في مقدار الثلث بنحو الاطلاق وفي الزائد بشرط اجازة الوارث ، فلاحظ .

١) لاحظ ص: ٣٦٠

كألف دينار يلاحظ قى كونه بمقدار الثلث أواقل أو أزيد بالاضافة الى اموال الموصى حين الموت لاحين الوصية . فاذا أوصى لزيد بعين كانت بقدر نصف أمواله حين الوصية وحيـن الموت صارت بمقدار الثلث اما لنزول قيمتهاأولارتفاع قيمة غيرهاأولحدوث مال له لم يكن حين الوصية صحت الوصية في تمامها^{(١} واذا كانت حين الوصية بمقدار الثلث فصارت أكثر منالثلث حال الموت اما لزيادة قيمتهاأولنقصان قيمة غيرهاأولخروج بعضأمواله عنالملكية نفذت الوصية مما يساويالنلث وبطلت في الزائد الا اذا أجاز الورثة' واذا أوصى بكسرمشاع كالثلث فانكان حين الوفاة مساويأ له حين الوصية فلااشكال فيصحةالوصية بتمامه وكذا اذاكان اقل فنصح فيه بتمامه حين الوفاة أما اذاكان حين الوفاة اكثرمنه حين الوصية كما لوتجدد له مال فهل يجب اخراج ثلث الزيادة المتجددة أويقتصر على ثلث المقدار حين الوصية لايخلومن اشكال وان كان الاقوى الاول" الا

١) والوجه فيه انالوصية عبارة عن التمليك بعدالوفاة ومن ناحية اخرى انها
 نافذة في الثلث على الاطلاق وفي الزائد عليه بشرط اجازة الوارث فحين الوفاة
 اذا كانت واجدة لشرط النفوذ ينفذو الا فلا .

٢)كما هو ظاهر فان الوصية بالزائد عن الثلث يتوقف على اجازة الورثة .
 ٣) تارة يقع الكلام فيما هو مقتضى القاعدة الاولية واخرى فيما يستفاد من النص الحاص امامن حيث القاعدة فالظاهران الميزان بحال الوصية لظاهرالكلام

كبقية الموارد وأما من حيث النص الخاص فالميزان مراعاة حال الوفاة لاحظ مارواه محمد بن قيس قال: قلت له: رجل أوصى لرجل بوصية من ماله ثلث أو ربع فيقتل الرجل خطاً ، يعنى الموصى ، فقال: يجاز لهذه الوصية من ماله ومن ديته (* ١) .

 ١) لانصراف النص عن هذه الصورة بل لنا أن نقول ان الظاهر من الرواية صورة ارادة الكسرالمشاع حين الموت وأما في غيرهذه الصورة فلايشمله النص.
 وعليه نقول: تارة يكون الظاهر من كلام الموصي ولو بالقرنية حال الوفاة

تلاحظ تلك الحال ، واخرى يكون الظاهر من كلامه حين الوصية فالمدار عليه . وثالثة يكون الكلام مجملا فلابد من الاقتصار على القدر المتيقن .

لكن الانصاف: ان ما افاده في المتن تام فانه لولا القرينة الخارجية يكون مقتضى الظهور اللفظي تعلق الوصية بثلث ما يتركه حين الوفاة اذ الوصية تمليك من حين الوفاة فيكون متعلق الوصية ثلث ما يقع مورد التأثير ، فالمناط بحال الوفاة فلا اشكال.

٢) اذ المفروض اختصاص الوصية بالموجود حينها وقــد فرض تبدلها فلا
 موضوع للوصية .

٣)كما هو ظاهر اذ الوصية بذلك المقدار فلاوجه للزائد .

١) الوسائل الباب ١٤ من احكام الوصايا الحديث : ١

هما يوجب اجمال المراد فانه يقتصر على القدر المتيقن وهو الاقل ".

(مسألة ٧): يحسب من التركة ما يملكه بعد الموت كالدية في الخطأ وكذا في العمد اذا صالح عليها أولياء الميت وكما اذا نصب شبكة في حياته فوقع فيها شيىء بعد وفاته فيخرج من جميع ذلك الثلث اذا كان قد اوصى به واذا أوصى بعين تزيد على ثلثه في حياته وبضم الدية ونحوها تساوى الثلث تنفذ وصيته فيها بتمامها ".

(مسألة ٨): انما يحسب الثاث بعداستثناء مايخرج من الاصل من الديون المالية فاذا اخرج جميع الديون المالية من مجموع التركة كان ثلث الباقي هو مورد العمل بالوصية ٣٠.

ومنها: ما رواه محمد بن قيس ، عـن أبى جعفر عليه السلام قال: قال امير المؤمنين عليه السلام: ان الدين قبـل الوصية ، ثم الوصية على اثر الدين ، ثـم

اذ اللازم متابعة الوصية فيجب الاقتصار على القدر المتيةن ، فلاحظ .

٢) لايخفى ان ما أفاده خلاف القاعدة الأولية اذ المفروض تعلق الوصية بثلث ما يملكه والمفروض ان الدية واشباهها تقع في ملكه بعد وفاته فلا تشلمه الوصية لكن ببركة النص أعني حديث محمد بن قيس نلتزم بما افاده في المتن والنص وان كان وارداً في الدية لكن العرف يفهم عدم الفرق.

٣) بلااشكال ولاكلام، وتدل عليه جملة من النصوص: منها: مارواه السكوني
 عن أبي عبدالله عليه السلام قال: أول شيىء يبدأ به من المال الكفن ، ثم الدين،
 ثم الوصية ، ثم الميراث (* ١) .

١) الوسائل الباب ٢٨ من أحكام الوصايا الحديث: ١

(مسألة ٩): اذاكان عليه دين فابرأه الدائن بعد وفاته اوتبرع متبرع في ادائه بعد وفاته لم يكن مستثنى من التركة وكان بمنزلة عدمه (١٠).

(مسألة ١٠): لابد في اجازة الوارث الوصية الزائدة على الثلث من امضاء الوصية و تنفيذها ولا يكفي فيها مجرد الرضا النفساني (٣ .

الميراث بعد الوصية فان اول (أولى خل) القضاءكتاب الله (* ١).

ومنها: ما رواه الفضل بن الحسن الطبرسي في (مجمع البيان) عن امير المؤمنين عليه السلام في قوله تعالى: « من بعد وصية توصون بها اودين » قال: انكم لتقرأون في هذه الوصية قبل الدين ، وان رسول الله صلى الله عليه و آله قضى بالدين قبل الوصية (* ٢).

١) اذ مــع فرض الابراء لاوجه للاستثناء وبعبارة اخرى المفروض تعلـق
 الوصية بالثلث ، فلإبد من انفاذها فيه بلا لحاظ الدين بعد فرض الابراء .

۲) العدم دليل على كفايته بل الدليل على خلافه لاحظ مارواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل أوصـــى بوصية وورثته شهود فاجازوا ذلك فلما مات الرجل نقضوا الوصية هل لهم أن يردوا ما اقروا به ؟ فقال: ليس لهم ذلك ، والوصية جائزة عليهم اذا اقروا بها في حياته (* ٣).

ومنها: مارواه منصور بن حازمقال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بوصية اكثر من الثلث وورثته شهود فاجازوا ذلك له، قبال: جائز قال: ابن رباط: وهذا عندي على أنهم رضوا بذلك في حياته واقروا به (* ٤) فان

١ و٢) الوسائل الباب ٢٨ من ابواب أحكام الوصايا الحديث : ٢ و٥
 ٣ و٤) الوسائل الياب ١٣ من أحكام الوصايا الحديث : ١ و٢

كتاب الوصية في الموصى به ــــــ ٢٦٧

(مسألة 11): ادا عين الموصى ثلثه في عين مخصوصة تعين ⁽¹ واذا فوض التعيين الى الوصى فعينه في عين مخصوصة تعين ايضاً بلاحاجة الى رضا الوارث⁽¹ واذا لم يحصل منه شيىء من ذلك كان ثلثه مشاعاً في التركة ولايتعين في عين بعينها بتعين الوصى الامع رضا الورثة (۳).

(مسألة ١٢): الراجبات المالية تخرج من الاصل وان لم يوص بها الموصي وهي الامو ال التي اشتغلت بها ذمته مثل المال الذي اقترضه والمبيع الذي باعه سلفاً وثمن ما اشتراه نسيئة وعوض المضمونات واروش الجنايات ونحوها ومنها الخمس والزكاة وردالمظالم (أواما الكفارات والنذور ونحوها فالظاهر انها لاتخرج من الاصل الم

(مسألة ۱۳): اذا تلف من التركة شبىء بعد موت الموصي وجب اخراج الواجبات المالية من الباقي وان استوعبه وكذا اذا غصب بمض التركة "واذا تمرد بعض الورثة عن وفاءالدين لم يسقط

المستفاد من الرواية عنوان الاجازة .

١) لأن اختيار الثلث بيده .

لأن تعيينه بمنزلة تعيين الموصي نفسه .

٣) فان التصرف في المال المشترك لايجوز الا مع اجازة الشريك .

٤) اذ الدين يخرج من الأصلوهو مقدم على الارث والوصية وجميع المذكورات
 داخل في الدين .

ه) اذ ليس ما ذكر داخلا في الدين فلاوجه لخروجه من الأصل.

٦) لتقدم الدين على الارث كتاباً وسنة ، أما الكتاب فقوله تعالى « من بعد

وصية يوصي بها أو دين $_{-}$ من بعد وصية يوصين بها أو دين $_{+}$ ($_{+}$) وأما السنة فحديث محمد بن قيس ($_{+}$ $_{+}$) .

١) لأن الدين قبل كل شيء فمادام موجوداً لاتصل النوبة الى الارث وبعبارة الحرى: المستفاد من الكتاب والسنة المشار اليهما انه لايجوز التوريث الا بعد اداء الدين وانفاذ الوصية، وبعبارة واضحة الارث بعدالدين وبعد الوصية والظاهر من لفظ البعد المذكورفي الاية البعد الزماني فلايجوز التصرف فيما تركه الميت لا اعتباراً ولاخارجاً الا بعد اداء الدين وانفاذ الوصية وان شئت قلمت: جميع ما تركه الميت متعلق حق الدين والوصية فالورثة محجورون عن التصرف الا بعدهما.

وبكلمة اخرى: الظاهر من الآية الشريفة انه لايتحقق الارث ولا ينتقل المال الى الوارث الا في صورة انتفاء الدين والوصية وأماً معهما أو احدهما لايصيرما تركه الميت ملكاً للوارث.

نعم يستفاد من حديث عبدالرحمن بن الحجاج ـ عن أبى الحسن عليه السلام مثله الا أنه قال: ان كان يستيقن ان الذي ترك يحيط بجميع دينه فلا ينفق وان لم يكن يستيقن فلينفق عليهم من وسط المال (* ٣) ، التفصيل بين استيعاب الدين وعدمه بجواز التصرف في الصورة الثانية وعدمه في الصورة الأولى .

ولكن يعارضه حديث عباد بن صهيب ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل

١) النساء/ ١١ و ١٢

٢) لاحظ ص: ٣٦٥

٣) الوسائل الباب ٢٩ من أحكام الوصايا الحديث : ٢

رجع على المتمرد بالمقدار الذي يلزم في حصته (أواذاكان بغيراذن الحاكم الشرعى ففي رجوعه عليه بذلك المقدار اشكال (أ.

فرط في اخراج زكاته في حياته ، فلما حضرته الوفاة حسب جميع ما كان فرط فيه مما لزمه من الزكاة ثم أوصى به أن يخرج ذلك فيدفع الى من تجب له ، قال جائز يخرج ذلك من جميع المال ، انما هو بمنزلة دين لو كان عليه ليس للورثة شيء حتى يؤدوا ما أوصى به من الزكاة (* ١) .

فان المستفاد من هذه الرواية انه لايجوز التصرف حتى مع عدم الاستيعاب اذ المفروض في الرواية التبعض والتبعض يساوق كونه اقل ، فالحديثان متعارضان والترجيح مع حديث عباد اكونه موافقاً مع ظاهر الكتاب مضافاً الى كونه أحدث فالترجيح مع حديث عباد ويضاف الى ذلك كله انه لو وصلت النوبة الى الشك يكون مقتضى الاصل عدم انتقال ماتركه الميت الى الوارث قبل اداء الدين والله العالم .

فالنتيجة : ان المستفاد من الدليل الاجتهادي والفقاهتي ان تحقق الارث في صورة عدم الدين والوصية ، هذا ما يخطر بالبال في هذه العجالة .

وأما دعوى الاجماع على انتقال المال الى الوارث حتى مع وجود الدين أو الوصية فليس اجماعاً تعبدياً كاشفاً بل مستند الى التقريبات التى في كلماتهم كما يظهر لمن يراجعها فيترتب على ما ذكر انه قبل الوفاء لايجوز التصرف كما في المتن .

١) اذ مع اذن الحاكم يكون تصرفاته صحيحة والا فلا .

۲) المدم الدليل على جواز الرجوع وبعبارة اخرى ان الدين مانع عن الارث
 والمفروض ارتفاعه بالاداء وجواز الرجوع الى المتمرد يحتاج الى الدليل ولكن

١) الوسائل الباب ٢١ من أبواب المستحقين للزكاة الحديث: ١

(مسألة ١٤): الحجالواجب بالاستطاعة من قبيل الدين يخُرج من الاصل (١ وأما الحج النذري فيخرج من الثلث على الاظهر (٢. (مسألة ١۵): اذا أوصى بوصايا متعددة متضادة كان العمـــل

على القول بعــدم الملكية قبل اداء الدين والوصية لابد مــن التقسيم بعد تحقق الملكية اذ المال المشترك لابد من تقسيمه بالتراضي ·

١) كما دلت عليه جملة من النصوص: منها: ما رواه معاوية بن عمار قال:
 سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يموت ولـم يحج حجة الاسلام ويترك
 مالا ، قال: عليه ان يحج من ماله رجلا صرورة لامال له (* ١).

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل مات ولم يحج حجة الاسلام يحج عنه ؟ قال : نعم (* ٢).

ومنها: مارواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام (فيحديث) قال يقضىعن الرجل حجة الاسلام من جميعماله (*٣) ومثلها غيرها المذكورفي الباب المشار اليه .

٢) كما نص عليه في حديث عبدالله بن أبى يعفور قال: قلت لأبي عبدالله عليه انسلام: رجل نذرلله ان عافى الله ابنه من وجعه ليحجنه الى بيت الله الحرام فعافى الله الابن ومات الآب، فقال: الحجة على الآب يؤديها عنه بعض ولده، قلت: هى واجبة على ابنه الذي نذر فيه ؟ فقال: هي واجبة على الآب من ثلثه، أو يتطوع ابنه فيحج عن ابيه (* ٤) ومثله غيره من الروايات الواردة في الباب من أبواب وجوب الحج من الوسائل.

١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ٢٨ من أبواب وجوب الحج وشرائطه الحديث: ١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب وجوب الحج وشرائطه الحديث: ٣

على الثانية وتكون ناسخة للاولى (١ فاذا اوصى بعين شخصية لزيدثم اوصي بها لعمرو

١) قال في الجواهر في هذا المقام «بلاخلاف ولا اشكال لكو نها ناسخة للاولى ورجوعاً عنها عرفاً» انتهى موضع الحاجة من كلامه وما أفاده تام بالنسبة الى الملتفت اذ للموصى أن يرجع عن وصيته بمقتضى جملة من النصوص :

لاحظ مارواه ابن مسكان ومارواه عبيد بن زرارة ومارواه بريد (* ١) فاذا فرضنا جواز الرجوع فالوصية الثانية نافذة على القاعدة فان الموصي بالوصية الثانية يبطل الاولى ويوجد الثانية .

وعليه لنا أن نقول: انه لافرق بين كونه ذاكراً وكونـه ناسياً وذاهلاكما في الجواهر وتقريب المدعـى ان المفروض اختيار المالك في الرجوع عن الاولى واحداث الثانية وحيث ان الوصية صدرت من اهلها ووقعت في محلها تنفذ بـلا اشكال.

ولكن في النفس شيء وهـو ان الوصية الأولى وقعت صحيحة على الفرض غاية الأمر للموصيحق الرجوع فيها والمفروض ان الرجوع أمر انشائي ولم يتحقق بعد فمقتضى القاعدة أن تؤثر الأولى وتلغو الثانية نظير ما لو باع زيد داره بالبيع الخياري ومع الذهول عـن المعاملة الواقعة ونسيانها باعها ثانياً من شخص آخر فهل يمكن أن يكون البيع الثاني صحيحاً مع وقوعه على ملك الغير؟ ويؤيد المدعى ما رواه حمران (* ٢) لكن الرواية ضعيفة بأبى جميله .

وقياس المقام بباب البيع مع الفارق فان البايع بعد البيع الاول اجنبي عن المال وليس له أن يبيعه ثانيـــاً وأما الموصي فله أن يبطل الوصية الاولى ويوصى

١) لاحظ ص : ٣٣١

٢) لاحظ ص: ٣٥٩

اعطیت لعمرو و کذا اذا اوصی بثلثه لزید ثم أوصی به لعمرو^{۱۱} واذا أوصی بثلثه لزید ثم أوصی بنصف ثلثه لعمرو کانالثلث بینهما علی السویة و کذا اذا اوصی بعین شخصیة لزید ثم أوصی بنصفها لعمرو فتکون الثانیة ناسخة للاولی بمقدارها^۲

(مسألة ١٦): اذا أوصى بوصايا متعددة غير متضادة وكانت كلها مما يخرج من الاصل وجب اخراجها من الاصل وان زادت على الثلث "وانكانت كلها واجبات لاتخرج من الاصل كالواجبات البدنية والكفارات والندور اخرجت من الثلث (عفان زادت على الثلث واجازالورثة اخرجت جميعها "وان لم يجز الورثة وردالنقص على الجميع بالنسبة "سواء أكانت مرتبة بأن ذكرت في كلام الموصى

وصية اخرى فالحق ما افاده في المتن.

١) فانه بعد فرض صحة الثانية وبطلان الاولى تكون النتيجة كما ذكر وقس
 عليه الفرع الثاني .

٢) اذ المفروض ان الوصية بطلت بالنسبة الى نصف الثلث فالنتيجة تعدد
 الموصى له فلكل منهما نصف الثلث وقس عليه الفرع التالي فلاحظ .

٣) كما مـر فانه يجب اخراجها مـن الأصل وان زاد على الثلث كما في المتن .

٤) لنفوذ الوصية فيه فقط.

ه) لنفوذ الزائد مع اجازة الوارث كما مر .

٦) لعدم جواز الترجيح بلا مرجح .

واحدة بعد اخرىكما اذا قال: اعطواعني صوم عشرين سنة وصلاة عشرين سنة أمكانت غير مرتبة بان ذكرت جملة واحدة كما اذا قال: اقضواعني عباداتي مـدة عمري صلاتي وصومي (١ فاذاكانت تساوي قيمتها نصف التركة فان اجاز الورثة

) يمكن أن يقال: بأنه مالم يرفع اليدعن السابقة لاتصل النوبة الى اللاحقة وقد مر قربباً نظير هذا الاشكال هذا بحسب القاعدة الاولية، ولكن يمكن أن يكون الماتن فيما افاده ناظراً الى النصوص الخاصة الواردة في المقام منها ما رواه معاوية بن عمار ، قال: اوصت الي امرأة من أهل بيتي بمالها « بثلث مالها خ ل $_{\rm P}$ وامرت أن يعتى عنها و يحج و يتصدق، فلم يبلغ ذلك ، فسألت أباحنيفة فقال: يجعل ذلك اثلاثاً ثلثاً في الحج ، وثلثاً في العتى ، وثلثاً في الصدقة ، فدخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقلت له: ان امرأة من اهلي «اهل بيتي خ ل» ما تت و اوصت الي بثلث مالها ، وأمرت أن يعتى عنها و يحج عنها و يتصدى ، فنظرت فيه فلم يبلغ ، فقال: ابد ، بالحج فانه فريضة من فرائض الله عزوجل ، و اجعل ما بقى طاثفة في العتى ، وطائفة في المدى وطائفة في المدى .

ومنها: ما رواه أيضاً عن أبى عبدالله عليه السلام قال: في امرأة أوصت بمال فى عتق وحج وصدقة فلم يبلغ ؟ قال: ابدء بالحج فانه مفروض فان بقى شيء فاجعل فى الصدقة طائفة وفى العتق طائفة (* ٢).

ومنها : مارواه أيضاً قال : ماتت اخت مفضل بن غياث وأوصت بشيء مـن مالها الثلث في سبيل الله ، والثلث فـي المساكين ، والثلث في الحج ، فاذا هو

١ و٢) الوسائل الباب ٦٥ من احكام الوصايا الحديث : ١ و٢

لايبلخ ماقالت « الى أن قال » ولم تكن حجت المرأة فسألت اباعبدالله عليه السلام فقال لي : ابدء بالحج ، فانه فريضة من فرائض الله عليها ، وما بقي اجعله بعضاً في ذا وبعضاً في ذا الحديث (* ١).

ومنها: مارواه أيضاً قال: سألت أبها عبدالله عليه السلام عن امرأة أوصت بمال في الصدقة والحج والعتق، فقال: ابدء بالحج فانه مفروض فان بتي شيىء فاجمل في العتق طائفة، وفي الصدقة طائفة (* ٢).

ومنها: مارواه أيضاً قال: ان امرأة هلكت وأوصت بثلثها يتصدق بــه عنها ويحج عنها ويعتق عنها ، فلم يسع المال ذلك (الى أن قال) فسألت أباعبدالله عليه السلام عن ذلــك فقال: ابدء بالحج: فان الحج فريضة، فما بقي فضعه فـــي النوافل (*٣).

ومنها: مارواه محمد بن عبدالجبار، قال: كتبت الى العسكري عليه السلام امرأة أوصت الى رجل واقرت له بدين ثمانية آلاف درهم، وكذلك ماكان لها من متاع البيت منصوف وشعر وشبه وصفرونحاس وكل مالها اقرت به للموصى اليه، واشهدت على وصيتها، وأوصت أن يحج عنهامن هذه التركة حجتان، وتعطى مولاة لها اربعمأة درهم، وماتت المرأة وتركت زوجاً، فلم نسدركيف الخروج من هذا واشتبه علينا الامر، وذكر كاتب ان المرأة استشارته فسألته ان يكتب لهم ما يصح لهذا الوصى، فقال: لها لاتصح تركتك «لهذا الوصى خ ل» الاباقرادك له بدين يحيط بتركنك بشهادة الشهود، وتأمريه بعد أن ينفذ ماتوصيه به، وكتبت له بالوصية على هذا واقرت للوصى بهذا الدين، فرأيك ادام الله عزك في مسألة له بالوصية على هذا واقرت للوصى بهذا الدين، فرأيك ادام الله عزك في مسألة

١) نفس المصدر الحديث: ٣

٢ و٣) الوسائل الباب ٣٠ من أبواب وجوب الحج وشرائطه الحديث: ١ و٢

نفذت في الجميع (أوان لم يجز الورثة ينقص من وصية الصلاة الثلث ومن وصية الصوم الثلث (أوكذا الحكم اذاكانت كلها تبرعيــة غير واجبة فانهاان زادت على الثلث واجاز الورثة وجب اخراج الجميع (٣)

الفقهاء قبلك عن هـذا وتعريفنا ذلك لنعمل به ان شاء الله، فكتب بخطه: ان كان الدين صحيحاً معروفاً مفهوماً فيخرج الدين من رأس المال ان شاء الله، وان لم يكن الدين حقاً انفذ لها ما أوصت به من ثلثها كفى أولم يكف (* ١).

ومنها: مارواه الحسين بن مالك قال: كتبت الى أبى الحسن عليه السلام: اعلم سيدي ان ابن اخ لي توفي واوصى لسيدي بضيعة ، وأوصى ان يدفع كل ما في داره حتى الاوتاد تباع ويحمل الثمن الى سيدي ، وأوصى بحج وأوصى للفقراء من اهل بيته واوصى لعمته واخيه بمال ، فنظرت فاذا ماأوصى به اكثر من الثلث ، ولعله يقارب النصف ، مما ترك ، وخلف ابنا لثلاث سنين ، وترك ديناً ، فرأى سيدي ؟ فوقع عليه السلام : يقتصر من وصيته على الثلث من ماله ، ويقسم ذلك بين من أوصى له على قدرسها مهم ان شاء الله (**7).

وفي قبال هذه الطائفة رواية عن أبي جعفر عليه السلام (* ٣) يستفاد منهاان المقدم في الذكر يقدم وهذه الرواية ضعيفة بأبي جميلة .

- ١) اذ باجازة الوارث تصح الوصية في الزائد على الثلث .
- ۲) فاذا فرض مجموع التركة اثني عشر ديناراً يكون نصفه ستة دنانيروبعد
 نقصان الثلث من كل منهما يبقى ثلث التركة اي اربعة دنانير .
 - ٣)كما هو ظاهر بعد اجازة الوارث.

١) الوسائل الباب ١٦ من احكام الوصايا الحديث : ١٠

٢) الوسائل الباب ١١ من احكام الوصايا الحديث: ١٤

٣) لاحظ ص: ٢٥٩

مباني منهاج الصالحين ج ٩

وان لمم هجز الورثة ورد النقص على الجميع بالنسبة ١٠ واذا كانت الوصايا المتعددة مختلفة بعضها واجب يخرج من الاصل وبعضها واجب لا يخرج من الاصل كما اذا قال: اعطوا عني ستين دينار أعشرين ديناراً زكاة وعشرين ديناراً صلاة وعشرين ديناراً صوماً فان وسعها الثلث اخرج الجميع (٢ وكذلك ان لم يسعها واجازااورثة (٣ اما اذا لم يسعها ولم يجز الورثه فيقسم الثلث على الجميع ^{(ع}وما يجب اخر اجه من أصل النركة بلزم تتميمه منها فاذاكان الميت قد ترك مأته دينار یخرج مناصل ترکنه عشرة دنانیرللزکاةثم یخرج ثلثهثلاثون دینارآ فيوزع على الزكاة والصلاة والصوم (° وكذا الحال فيما اذا تعددت الوصايا وكان بعضها واجباً يخرج من الاصل وبعضها تبرعية ٦٠ نعم اذالم يمكن التتميم من التركة تعين التتميم من الثلث في كلتا الصور تين (٧ واما اذا تعددت الوصايا وكان بعضها واجباً لايخرج من الاصل

١)كما هو مقتضى عدم الترجيح .

٢)كما هوظاهر لعدم منافاة بينها .

٣)كما هو ظاهر اذ مع اجازة الوارث يجب.

٤) لعدم الترجيح في البعض على الاخر .

ه) لخروج الدين من الاصل كما مر .

٦) لوحدة الملاك وعدم الفرق ، فلاحظ .

٧) اذ الدين مقدم على الوصية ، لاحظ مارواه محمد بن قيس (* ١) .

١) لاحظ ص: ٣٣٣

كتاب الوصية في الموصى به ______________

وبعضها تبرعية ولم يفالثلث بالجميع ولم يجزها الورثة ففي تقديم الواجب على غيره اشكال وكلام والاظهر هو التقديم''.

(مسألة ١٧): المراد من الوصية التبرعية الوصية بما لايكون واجباً عليه في حياته سواء أكانت تمليكية كما اذا قال: فرسي ازيد بعد وفاتي أم عهدية كما اذا قال: تصدقوا بفرسي بعد وفاتي (٢.

(مسألة ۱۸): اذا أوصى بثلثه لزيد من دون تعيينه في عيسن شخصية يكون الموصى له شريكاً مع الورثة فله الثلث ولهم الثلثان فان تلف من التركة شيىء كان التلف على الجميع وان حصل لتركته نماء كان النماء مشتركاً بين الجميع ("وكذا اذا اوصى بصرف ثلثه في مصلحته من طاعات وقربات يكون الثلث باقياً على ملكه فان تلف من التركة شيىء كان التلف موزعاً عليه وعلى بقية الورثة وان حصل النماء كان له منه الثلث واذا عين ثلثه في عين معينة تعين كما عرفت

١) لاحظ مارواه معاوية بن عمار (* ١) فان المستفاد من هذه الرواية انه لو وقعت الوصية على المفروض وغير المفروض يقدم المفروض عند النزاحم ،
 و بعبارة اخرى عموم العلة يقتضي ما ذكر .

الامركما أفاده فان التبرع مقابل ما يجب عليه .

٣) ماأفاده في هذا الفرع تام وعلى طبق القواعد الاولية ولايحتاج الى بحث
 وبعبارة اخرى: الوصية التمليكية تقتضي انتقال مورد الوصية الى الموصى لـــه
 فيترتب عليه احكام الملك.

١) لاحظ ص: ٣٧٣

(مسألة ١٩) : اذا او صى بثلثه مشاعاً ثماوصى بشىءآخر معيناً كما اذا قال : انفقوا على ثىثى واعطوا فرسى لزيد وجب اخراج ثلثه من غيرالفرس وتصح وصيته بثلث الفرس لزيد وأما وصيته بالثلثين الاخرين من الفرس لزيد فصحتها لزيد موقوفة على اجازة الورثة فان لم يجيزوا بطلت كما تقدم واذاكان الاخرغير معين كما اذا قال انفقوا على ثلثي واعطوا زيداً مائة دينار توقفت الوصية بالمائة على اجازة الورثة فان اجازوها في الكل صحت في تمامهــا وان اجازوها في البعض صحت فيبعضها وان لم يجيزوا منها شيئاً بطلت في جميعها ونحوه اذا قال: اعطوا ثلثي لزيد واعطوا ثلثا آخر من مالي لعمرو فانه تصح وصيته لزيد ولاتصح وصيته لعمرو الاباجازة الورثة امااذاقال: اعطوا ثلثى ازيد ثــم قال : اعطوا ثلثى لعمرو كانت الثانية ناسخة للاولى كما عرفت والمدار على ما يفهم من الكلام (٦.

١) اذ في هذه الصورة لاينتقل الثلث الى احد فيكون باقياً على ملك الميت
 وعلى الجملةما أفاده تام فلاوجه لاطالة الكلام .

۲) اذ المفروض انه تعلقت الوصية بثلث جميع ما تركه بنحو الاشاعة ويتر تب عليه نفوذ وصيته في الفرس بمقدار ثلثه وأما الزايد عليه فيحتاج الى اجازة الورثة وان شئت قلت: ان الوصية الأولى تعلقت بالثلث والوصية الثانية تعلقت بما زاد عليه فيحتاج الى الاجازة ومسع صحة الاولى لا يمكن تصحيح الثانية الا مع رفع

(مسألة ٢٠): لاتصح الوصية في المعصية فاذا أوصى بصرف مال في معونة الظالم أوفي ترويج الباطل كتعمير الكنائس والبيع ونشركتب الضلال بطلت الوصية ١٠.

(مسألة ۲۱): اذا كان مااوصى به جائزاً عندالموصى باجتهاده أو نقليده وليس بجائز عند الوصى كذلك لم يجز للوصى تنفيذالوصية واذا كان الامر بالعكس وجب على الوصى العمل^{(۲}.

(مسألة ۲۲) : اذا أوصى بحرمان بعض الورثة من الميراث فلم بجز ذلك البعض لم يصح نعم اذا لـم يكن قد اوصى بالثلث واوصى بذلك وجبالعمل بالوصية بالنسبة الى الثلث لغيره فاذا كان له ولدان وكانت التركة سنة فأوصى بحرمان ولده زيد من الميراث

اليد عن الأولى ولو في الجملة .

وقد مران الوصية الثانية المضادة للأولى ناسخة للأولى فكيف الجمع بينما افاده في المقام وما افاده فيما تقدم ؟ والذي يختلج بالبال أن يقال: ان الوصية الثانية نافذة في جميع الفرس وناسخة للأولى بهذا المقدار والله العالم .

١) فان النهي عن شرب الخمر مثلا ينافي امضاء الوصية بصرف المال فيه وهكذا ، نعم لو فرض وجود منفعة محللة للخمر مثلا لامانعمن الوصية به بلحاظ تلك المنفعة كالطلي .

اذ المفروض ان الوصي يرى العمل الفلاني حراماً فيرى كون الوصية به
 باطلا ومع البطلان لاموضوع للقيام بالعمل على طبقها وأما في صورة العكس يرى
 صحة الوصية فيجب القيام بها لعدم جواز التبديل فلاحظ .

اعطي زيد اثنين واعطي الاخر اربعة واذا أوصى بسدس ماله لآخيه وأوصى بحرمان ولده زيد منالميراث اعطي اخوه السدس واعطى زيد الثلث واعطى ولده الاخر النصف¹¹.

(مسأ ته ۲۳): اذا اوصى بمال زيد بعد وفاة نفسه لـم يصح وان اجاز زيد (۱۲ أوصى بمال زيد بعد وفاة زيد فاجأز زيد صح^۳).

١) الظاهران ما افاده تام وعلى طبق القاعدة ولا يحتاج الى تطويل في البحث فلاحظ .

 ۲) فانه خارجعن الوصية ولامقتضي لصحة هذاالانشاء، وبعبارة اخرى الوصية بالمال مع حياة المالك لاتصح اذ متعلق الوصية وموضوعها ما بعد الموت فلامجال للصحة مع حياة المالك.

٣) على ما هو المقرر عندهم من صحة الفضولي بالاجازة وقد ذكرنا في بحث المعاملات عدم تمامية الفضولي على القاعدة .

نعم انما نلتزم بصحته مع الاجازة فيما يقوم دليلخاص على صحته ، والحق صحة الفضولي مع الاجازة بلحاظ النص الخاص ، لاحظ حديث زرارة (* ١) ولا يخفى: ان البطلان الذي ندعيه يتوقف على كون الاجازة انفاذاً لعمل الفضولي وأما لوكان الاجازة مصداقاً للانشاء كما لوكتب زيد وصية من قبل غيره وذلك الغير بعد الاطلاع على ذلك الكتاب انشأ الوصية بالنحو المزبور جازت الوصية لعدق العنوان ودخوله تحت دليل النفوذ .

وبعبارة اخرى: تارة تكون الاجازة وصية ابتدائية ويصدق بالاجازة عنوان الموصية فلا اشكال في الصحة وأما نفوذها بالاجازة فيتوجه عليه ما ذكرناه فيذلك البحث ، والحق كما تقدم الصحة مع الاجازة بالنص الخاص.

١) لاحظ ص: ٣٤٦

(مسألة ٢٤): قد عرفت انه اذا أوصى بعين من تركبه لزيد ثم أوصى بها لعمرو كانت الثانية ناسخة ووجب دفع العين لعمرو فاذا اشتبه المتقدم والمتأخر تعين الرجوع الى القرعة في تعيينه (١٠).

(مسألة ٢٥): اذا دفع انسان الى آخر مالا وقال له اذامت فانفقه عني ولم يعلم انه اكثر من الثلث اواقل اومساوله اوعلم انه اكثر واحتمل انه مأذون من الورثة في هذه الوصية اوعلم انه غير مأذون من الورثة لكن احتمل انه كان له ملزم شرعي يقتضي اخراجه من الاصل فهل يجب على الوصى العمل بالوصية حتى يثبت بطلانها فيه اشكال ولاسيما في الفرضين الاخبر بن (٢).

(مسألة ٢٦) : اذا اوصى بشيء لزيد وتردد بين الاقل والاكنر

وبعبارة اخرى: لايستفاد من دليله الاعدم اتهامه وحسن النان به لاأزيد من هذا المقدار، وأما حمل فعل الغير على الصحة بمنى جعل عمله مؤثراً فهو يتوقف

الأنها لكل أمر مشكل .

γ) الذي يختلج بالبال أن يفصل بين الصورة الأولى والصور تين الأخير تين بأن نلتزم بالصحة في الأولى وبعدمها فيهما ، وتقريب المدعى ان الوصية بالثلث جايز بلا اشكال ومع الشك في الزيادة يحرزموضوع النفوذ باستصحاب عدم كونه زائداً ولا مجال لاستصحاب عدم كونه غير زائد لعدم ترتب اثر عليه الاعلى النحو المثبت الذي لانقول به واما مع احراز الزيادة فمقتضى قانون الارث انتقال ما تركه الميت الى الورثة كما ان مقتضى الاصل عدم الاذن وعدم الزام شرعي وحمل فعل المسلم على الصحة لا يقتضي ترتيب الاثر عليه .

٣٨٢ ----- مباني منهاج الصالحين ج ٩ اقتصر على الاقل^{(١} واذا تردد بين المتباينين عين بالقرعة^{(٢}.

فصل في الموصى له

(مسألة 1): الاظهر صحة الوصية العهدية للمعدوم اذا كان متوقع الوجود في المستقبل مثل أن يوصى باعطاء شيء لاولاد ولده الذين لم يولد واحال الوصية ولاحين موت الموصى " فيبقى المال الموصى به في ملك الموصى فأفان ولدو ابعد ذلك اعطى لهم والاصرف في الاقرب الى نظر الموصى " وأما الوصية التمليكية فهي

على احرازكونه مالكاً للعمل الفلاني ، وأما مع الشك فيكونه مالكــاً فلا دليل على جريان اصالة الصحة .

اللهم الا أن يقال: ان عمل ذي اليد وقوله حجة بالنسبة الى ما في يده والمقام من صغريات تلك الكبرى، وعلى الجملة المسئلة لاتكون واضحة ولو قيل باعتبار كلام القائل بتقريب كونه ذا اليد لايكون جزافاً، والله العالم بحقائق الامور.

- ١) لعدم دليل على الازيد ومقتضى الاصل عدمه .
 - ٢) لأنها لكل أمر مشتبه .
 - ٣) لاطلاق دليل الوصية .
- ٤) كما هو مقتضى القاعدة اذ الوصية مانعة من الانتقال الى الوارث وحيث
 لاموجب لخروجه عن ملك الميت يبقى فى ملكه الى ذلك الزمان .
- ه) الحق ان اثباته مشكل فأن الوصية من الامور الانشائية ومع عدم تعلق الانشاء بالاقرب فالاقرب لامقتضي له كما هو ظاهر.

۱) اذ الموصى به ينتقل من ملك الموصي حين وفاته فكيف يمكن صيرورته ملكاً للموصى له مع فرض كونه معدوماً والمعدوم غيرقابل للملكية ولقائل أن يقول: اي مانع من أن يبقى الموصى به في ملك الموصى حتى بعد وفاته وينتقل الى ملك الموصى له بعد وجوده .

لكن يظهر من الجواهر (* 1) ان الأدلة قاصرة للشمول وعلى فرض شمولها لابد من رفع البد عنها بالأجماع المنقول والمحصل ولا يبعد أن ما أفاده تام اذ ليس في الأدلة ما يدل على الجواز ولو مسع عدم وجود الموصى له لاحظ قوله تعالى: « كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت أن ترك خيراً الوصية للوالدين والافربين بالمعروف » (* 7) فان الظاهر منسه فرض الوجود للموصى له وقس على الاية الشريفة النصوص الواردة في الموارد المختلفة .

ولكن الانصاف ان منع الاطلاق في جميع النصوص مشكل فان جملة منها مطلقة من هذه الجهة لاحظ احاديث الواردة في الباب ١١من احكام الوصايا (٣٣) وقسد مر بعض النصوص لاحظ احاديث احمد وعمار وعليه لابد من اتمام الامر بالاجماع والتسالم ، والله العالم .

۲)قال في الحدائق (*٤): « الظاهر انه لاخلاف في أنه تصح الوصية للحمل الموجود حين الوصية وان لم تحله الحياة لكن يكون ذلك مراعى بوضعه حياً فلووضعه ميتاً بطلت فتصح بمجرد وجوده وان كان استقرارها مشروطاً بوضعه حياً فلووضعه ميتاً بطلت المعترب بمجرد وجوده وان كان استقرارها مشروطاً بوضعه حياً فلووضعه ميتاً بطلت المعترب بمجرد وجوده وان كان استقرارها مشروطاً بوضعه حياً فلووضعه ميتاً بطلت المعترب بمجرد وجوده وان كان استقرارها مشروطاً بوضعه حياً فلووضعه ميتاً بطلت المعترب بمجرد وجوده وان كان استقرارها مشروطاً بوضعه حياً فلووضعه ميتاً بطلت المعترب بمجرد وجوده وان كان استقرارها مشروطاً بوضعه حياً فلووضعه ميتاً بطلت المعترب بمجرد وجوده وان كان استقرارها مشروطاً بوضعه حياً فلووضعه ميتاً بطلت المعترب بمجرد وحوده وان كان استقرارها مشروطاً بوضعه حياً فلووضعه ميتاً بطلت المعترب بمجرد وحوده وان كان استقرارها مشروطاً بوضعه حياً فلووضعه ميتاً بطلت المعترب بمجرد وحوده وان كان استقرارها مشروطاً بوضعه حياً فلووضعه ميتاً بطلت المعترب بمجرد وحوده وان كان استقرارها مشروطاً بوضعه حياً فلووضعه ميتاً بطلت المعترب بمجرد وحوده وان كان استقرارها مشروطاً بوضعه حياً فلووضعه ميتاً بطلت المعترب بمجرد وحوده وان كان استقرارها مشروطاً بوضعه حياً فلووضعه ميتاً بطلت المعترب بمجرد وحوده وان كان استقرارها مشروطاً بوضعه حياً فلووضعه ميتاً بطلت المعترب بمجرد وحوده وان كان استقرارها معترب بمجرد وحوده وان كان استقرارها معترب بمجرد وحوده وان كان استقرارها معترب بعدرب بالمعترب بعدرب بعدرب

۱) ج ۲۸ ص : ۳۲۳ و ۳۲۶

٢) البقرة/ ١٨١

٣) لاحظ ص: ٣٦٠

٤) ج ٢٢ ص: ٥٥١

والابطلت الوصية ورجع المال الى ورثة الموصى ('وتصح الوصية للذمين

الوصية وانكان حال الوصية حياً في بطن امه كما انها تصح بوضعه حياًوان لم يكن حال الوصية حياً ولم تلجه الروح ومعنى استقرارها تحقق صحتها من حين مـوت الموصى ، ومع وضعه ميتاً يتبين البطلان منذلك الوقت، وحينئذ فالنماءالمتخلل بين الولادة وموت الموصى يتبـع العين ولم اقف في هذا المقام علىنص غيران ظاهر الاصحاب الاتفاق على ما ذكرنا ، فانه لم ينفل هنما خلاف في شيىء من هذه الاحكام» انتهى موضع الحاجة من كلامه رفع في الفردوس مقامه وهذا التفصيل ان تم بالاجماع والتسالم فهو والا فللمناقشة فيما ذكر مجال .

 ١) قد علل هذا الحكم تارة بأنه لولم يولد حياً لايكون قابلا للمالكية لعدم ترتب اثرعلىمالكيته واخرى بقياسه ببابالارث منالتفصيل بين تولده حياً وعدمه.

ويمكن أن يرد على التقريب الاول اولا بالنقض بما لو ولد حياً ومـات في ساعته وثانياً بالحل بأن أثر ملكيته انتقال ملكه الى وارثه نظير ما قيل في الوقف بأن الموقوف له اذا ملك وسقط ميتاً بعد ولوج الروح فيه يكون ملكه ارثألوارثه وعلى التقريب الثاني ببطلان القياس في المذهب فعليـه ان تم اجماع تعبدي والا فلا مانع حسب الأدلة ، فلاحظ .

٢) الذي يظهر من بعض كلمات الاصحاب ان عمدة الأقوال في الذمي ثلاثة: قولبالجوازعلىالاطلاق وقول بعدمه كذلك وقولبالتفصيل بينكونه رحمأ فيجوز وكونه اجنبياً فلايجوز وقد ذكرت في وجه الجواز امور :

الاول: انه مضافاً الىعدم الخلاف المدعى في المقام قوله تعالى لاينهاكم الله عنالذين لم يقاتلو كم في الدين و لم يخرجو كممن دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم (*١) الآية بتقريب أن المستفاد من الآية الكريمة أنه لأبأس بالبر بالنسبة الى الذمى .

الثاني: مادل من النصوص على الترغيب بالبر والاحسان بالنسبة السي كل احد منها: مارواه جميل بن دراجءن ابيعبدالله عليه السلام قال: اصنع المعروف الى من هـو اهله ، والى من ليس من اهله ، فان لم يكن هو اهله فكن أنت مـن اهله (* ٢).

ومنها : مارواه معاوية بن عمار قال : قال أبــو عبدالله عليه السلام : اصنعوا المعروف الى كل احد فان كان اهله ، والا فانت اهله (*٣) .

ومنها: مارواه على بن جعفر ، عن أخيه أبى الحسن موسى عليه السلام قال اخذ أبى بيدي ثم قال: يا بني ان أبى محمد بن علي عليهما السلام أخذ بيدي كما اخذت بيدك وقال: ان أبي علي بن الحسين عليهما السلام أخذ بيدي وقال: يا بني افعل الخير الى كل من طلبه منك فان كان من اهله فقد اصبت موضعه ، وان لم يكن من اهله كنت انت من اهله ، وان شتمك رجل عن يمينك ثم تحول الى يسارك فاعتذر اليك فاقبل عذره (* ٤).

الثالث: مادل من النصوص على التصدق على كل احد لاحظمارواه، اسحاق بن عمار ،عن جعفر عن أبيه ان علياً عليه السلام كان يقول: لا يذبح نسككم الا اهل ملتكم ، ولا تصدقوا بشيىء من نسككم الا على المسلمين ، وتصدقوا بماسوا غير الزكاة على اهل الذمة (* ٥) .

١) المتحنة / ٨

٢ و٣) الوسائل الباب ٣ من ابواب فعل المعروف الحديث : ١ و٢

٤) نفس الصدر الحديث: ٣

٥) الوسائل الباب ١٩ من ابواب الصدقة الحديث: ٦

الرابع: اطلاقات ادلة الوصية من الكتاب والسنة الخامس مادل من النصوص الواردة في المقام، منها: مارواه محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل أوصى بماله في سبيل الله ، قال: اعطه لمن أوصى له به وان كان يهو دياً او نصرانياً ان الله عزوجل يقول: فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه (* ١).

ومنها: مارواه الريان بن شبيب « الصلت » قال: اوصت ما ردة « مارد خ ل مارية خ ل » لقوم نصارى فراشين بوصية فقال اصحابنا: اقسم هذا في فقراء المؤمنين من اصحابك، فسألت الرضاعليه السلام فقلت: ان اختي اوصت بوصية لقوم نصارى، واردت ان اصرف ذلك الى قوم من اصحابنا مسلمين، فقال: امض الوصية على ما أوصت به، قال الله تعالى: فانما اثمه على الذين يبداونه (*۲).

ومنها: ما رواه أبو خديجة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لايرث الكافر المسلم وللمسلم أن يرث الكافر الا أن يكون المسلم قد أوصى للكافر بشيىء (٣٣) ومنها: مارواه محمد بن مسلم قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل أوصى بماله في سبيل الله ، قال: اعطه لمن اوصى له ، وانكان يهودياً أو نصرانياً ان الله يقول: « فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه » (* ٤) . ومنها: مارواه الحسين بن سعيد في حديث آخر عن الصادق عليه السلام قال: قال عليه السلام: لوان رجلا اوصى الي ان اضع في يهودي أونصراني لوضعت فيهم ان الله يقول: « فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه» (* ٥) . فيهم ان الله يقول: « فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه» (* ٥) . واستدل لعدم الجواز بقوله تعالى «لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الاخريو ادون واستدل لعدم الجواز بقوله تعالى «لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الاخريو ادون

١) الوسائل الباب ٣٢ من أحكام الوصايا الحديث : ١

٢ و٣ و ٨ و و ٥) الوسائل الباب ٣٥ من أحكام النوصايا الحديث : ١ و ١ و٥ و٦

من حادالله ورسوله ولو كانوا آبائهم او ابنائهم او اخوانهم او عثير تهم او لئك كتب في قلوبهم الايمان وايدهم بروح منه ويدخلهم جنات تجري من تحتها الانهار خالدين فيها رضي الله عنهم ورضواعنه او ائك حزب الله ألاان حزب الله هم المفلحون» (*١) بتقريب ان المستفادمن الاية الكريمة حرمة الموادة معهم حتى لو كانو اار حاماً فتكون الاية دليلا على الحرمة بلا فرق بين الاجنبي و الرحم ، و الوصية لهم نوع

ويرد عليه اولا _ انه كما قيل _ : ان النهي عن الموادة معهم منحيث كونهم يحادون الله والايلزم حرمة سقي الكافر وهـوكما ترى وثانياً : على فرض التنزل لابد من تقييد الاية الشريفة بالاية المتقدمة .

وثالثاً: لابد من رفع اليد عن الاية واطلاقها بالنصوص الدالة على الجُواز الواردة في خصوص الكافركما مرت .

ورابعاً: لاتنافي بين حرمة الوصية تكليفاً ونفوذها وضعاً كالبيع وقت النداء حيث انه حرام مع انه لااشكال في صحته ، فلاحظ .

مضافاً الى جميع ذلك انه قد دل الكتاب والسنة على رجحان البر والاحسان بالنسبة الى الأرحام بل يدلان على وجوبهما في الجملة سيما بالنسبة الى الوالدين وقد ذكرنا في بحث صلة الارحام ان مقتضى اطلاق الادلة عدم الفرق بين كون الرحم مسلماً وكونه كافراً لاحظ مارواه صفوان بن الجهم بن حميد قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: تكون لي القرابة على غير امري، ألهم علي حق ؟ قال: نعم حق الرحم لا يقطعه شيى واذا كانوا على أمرك كان لهم حقان: حق الرحم وحق الاسلام (*۲)

من المودة فلا يجوز .

١) المجادلة/٢٢

۲) الاصول من الكافي ج ۲ كتاب الايمان والكفر الحديث : ۳۰ ص – ۱۵۷

فان المستفاد من هذه الرواية ان الرحم يوصل وان لم يكن مسلماً .

١) ربما يستدل على عدم الجواز بامور: الاول الاجماع وفيه ان المنقول:
 منه لايكون حجة والمحصل منه على فرض تحققه محتمل المدرك فلا اعتبار به.

الثانى ان الحربي غير قابل لكونه مالكاً فلا مجال للوصية له وفيه اولا ان هذا التقريب على فرض تماميته لايكون دليلا بالنسبة الى الوصية العهدية وثانياً: ان المدعى المذكور باطل فان الحربي يملك غاية الامرانه لااحترام لماله وكم فرق بين الامرين ؟ .

الثالث: ان الوصية له محرمة بمقتضى الاية المتقدمة من سورة المجادلة . ويرد عليه جميع ما قلناه آنفاً ومن جملة ما ذكرناه ان الحرمة التكليفية لاتستلزم الفساد الوضعى .

ولا يخفى: ان مقتضى الاطلاق عدم الفرق في اليهود والنصارى بين الدمي والحربي منهما فان النصوص الدالة علمي جواز الوصية لليهود والنصارى تشمل باطلاقها كلا الفريقين من كلتا الطائفتين: فالحق ما أفاده في المتن .

Y) ادعي على جميع ما ذكر الاجماع - كما في الجواهر - ، ويمكن أن يستدل على المدعى بما رواه محمد بن الحسن الصفار انه كتب الى أبى محمد الحسن بن علي عليهما السلام: رجل أوصى بثلث ماله في مواليه ومولياته الذكروالاثنى فيه سواء أوللذكر مثل حظ الانثيين من الوصية ؟ فوقع عليه السلام : جايزللميت ما اوصى به على ما اوصى ان شاء الله (* ١) .

ويمكن الاستدلال أيضاً بما رواه محمد بنعلي بنمحبوب، قال :كتب رجل الى الفقيه عليه السلام : رجل أوصى لمواليه وموالي ابيه بثلث ماله فلم يبلغذلك

١) الوسائل الباب ٦٣ من احكام الوصايا

كتاب الوصبة في الموصى له ____________ ولا تصح لمملوك غيره قناً كان اوغيره (اوان اجاز مولاه (الااذا كان مكاتباً مطلقاً وقد ادى بعض مال الكتابة فيصح من الوصية له قدرما تحرر منه (ال

(مسألة ۲) : اذاكان ما أوصى به لمملوكه بقدر قيمته اعتق و لا شيىء له واذا كان اكثر من قيمته اعتق واعطى الزائد وان كان اقل منها

قال : المال لمواليه وسقط موالي ابيه (* ١) .

٣) لمارواه محمد بن قيسعن أبى جعفر عليه السلام قال: قضى اميرالمؤمنين عليه السلام في مكاتب كانت تحته امرأة حرة فأوصت لهعند موتها بوصية ، فقال اهل الميراث: لا يجوز وصيتها لأنه مكاتب لم يعتق ، فقضى انه يرث بحساب ما اعتق منه ، قال : وقضى عليه السلام اعتق منه ، ويجوز له من الوصية بحساب ما اعتق منه ، قال : وقضى عليه السلام في مكاتب اوصي له بوصية وقد قضى نصف ما عليه فاجاز له نصف الوصية ، وقضى في مكاتب قضى ربع ما عليه فاوصي له بوصية فاجاز له ربع الوصية ، وقال في رجل أوصى لمكاتبته وقد قضت سدس ما كان عليها فاجاز لها بحساب ما اعتق منها (* ٣) .

١) يمكن الاستدلال عليه مضافاً الى الاجماع المدعى في المقام في الجملة بما
 رواه عبد الرحمن بن الحجاج ، عن احدهما عليهما السلام انه قال : لاوصية
 للمملوك (* ٢) .

٢) للاطلاق.

١) الوسائل الباب ٦٩ من أحكام الوصايا الحديث: ٧

٢) الوسائل الباب ٧٩ من أحكام الوصايا الحديث : ٣

٣) الوسائل الباب ٨٠ من احكام الوصايا الحديث: ١

اعتق واستسعى في الزائد ^۱ سواء أكان ما اوصى له بقدر نصف قيمته ام اكثر ام اقل^۲.

(مسألة ٣): اذا اوصى لجماعة ذكوراً أواناثاً أوذكوراً واناثاً بمال اشتركوا فيه على السوية وكذا اذا اوصى لابنائه وبناته او لاعمامه وعماته او اخواله وخالاته او اعمامه و اخواله فان الحكم في الجميع التسوية الا أن تقوم القرينة على التفصيل مثل أن يقول على كناب الله او نحو ذلك فيعطى للذكر مثل حظ الاثنيين "".

فان المستفاد من هذا الحديث ينطبق على ما أفاده في المتن ، فلاحظ .

٢) ربما يقال: ان المستفاد من الحديث حكم خاص في مورد خاص ولكن يمكن أن يقال ان العرف يفهم من هذا الحديث عدم الفرق بين الموارد، فلاحظ
 ٣) فانه مقتضى الفاعدة الاولية والترجيح يحتاج الى دليل .

وبعبارة اخرى: مقتضى نفوذ الوصية نفوذها بكل نحو تحققت والاعتبار بمقام الاثبات الكاشف عن مقام الثبوت فمادام لم يقم دليل على الترجيح والتفصيل يكون مقتضى الظاهر التسوية لكن يستفادمن حديث سهل قال: كتبت اليه: رجل له ولد ذكور وانات فاقر لهم بضيعة انها لولده ولم يذكر انها بينهم على سهام

۱) لحدیث حسن بن صالح ، عن أبی عبدالله علیه السلام فی رجل أوصی لمملوك له بثلث ماله ، قال : يقوم المملوك بقيمة عادلة ، قال عليه السلام ثم ينظر ما ثلث الميت ، فان كان الثلث اقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة ، وان كان الثلث اكثر من قيمة العبد اعتق العبد و دفع اليه ما فضل من الثلث بعد القيمة « القسمة خ ل » (*) .

١) الوسائل الباب ٧٩ من أحكام الوصايا الحديث: ٢

فصل في الوصي

(مسألة ١): يجوز للموصي ان يعين شخصاً لتنفيذ وصايـاه ويقال له الوصي^{(۱} ويشترط فيه امور (الاول): البلوغ على المشهور فلاتصح الوصاية الى الصبي منفرداً اذا اراد منه التصرف في حال صباه مستقلا ولكنه لايخاوعن اشكال^{(۱}

الله وفر ائضه الذكر والأثنى فيه سواء ؟ فوقسع عليه السلام: ينفذون فيها وصية ابيهم على ماسمى ، فان لم يكن سمى شيئاً ردوها الى كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وآله (١٤) ، التفصيل بينان يعين الموصي ويسمي وان يطلق كلامه فانه يجب في الصورة الثانية التقسيم على ما فرض الله ، لكن الحديث ضعيف بسهل.

وفي المقام رواية رواها زرارة ، عن أبى جعفر عليه السلام في رجل أوصى بثلث ماله في اعمامه واخواله فقال : لاعمامه الثلثان ولاخواله الثلث (* ٢) ، تدل على أنه لو اوصى احدبثلث ماله لاعمامه واخواله يكون لاعمامه الثلثان ولاخواله الثلث، والرواية لابأس بسندها فيشكل ما أفاده في المتن على نحوالاطلاق واعراض المشهور عن الرواية لايقتضى ضعفها كما هو مسلك سيدنا الاستاد فلاحظ.

۱) هذامن الواضحات التي ليست قابلة للتشكيك فيهاو يستفادمشروعية المدعى
 من نصوص كثيرة : منها مارواه معاوية بن عمار (* ٣).

٧) ربما يستدل على المدعى بقوله تعالى «فان انستممنهم رشداً فادفعوااليهم

١) الوسائل الباب ٦٤ من احكام الوصايا الحديث: ٢

٢) الوسائل الباب ٦٢ من احكام الوصايا

٣) لاحظ ص: ٣٧٣

اموالهم» (* 1) فان المستفاد من الآية الكريمة ان مجرد الرشد لايكفى في جواز التصرف بل يشترط فيه مضافاً الى الرشد البلوغ وبدونه لايتم الأمر ويترتب عليه عدم نفوذ تصرفات غير البالغ .

ان قلت : هذه الآية تدل ءلى عدم جواز تصرفات غير البالغ في ملكه والمقام لاير تبط بذلك الباب قلت : لا يبعد ان العرف يفهم قصور غير البالغ عن التصرف فلا فرق بين الآبواب ، فتأمل .

ويمكن الاستدلال على المدعى بطوائف من النصوص: الطائفة الأولى: ما يدل على عدم نفوذ امر الصبي (* ٢) ومنها ما رواه عبدالله بن سنان (* ٣). ومنها: مارواه محمد بن على بن الحسين قال: قال: أبو عبدالله عليه السلام اذا بلغت الجارية تسع سنين دفع اليها مالها، وجاز امرها في مالها، واقيمت الحدود النامة لها وعليها (*٤).

ومنها: ما رواه ابو الحسين الخادم بياع اللؤلؤ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سأله أبي وانا حاضر عن اليتيم متى يجوز امره ؟ قبال: حتى يبلغ اشده. قال: وما أشده ؟ قال: احتلامه، قال: قلت: قبد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة او اقل او اكثر ولم يحتلم، قال: اذا بلغ وكتب عليه الشبىء «ونبت عليه الشعرظ» جاز عليه أمره الا أن يكون سفيها او ضعيفا (* 6) .

بتقريب ان المستفاد من هذه النصوص انه لايجوز ولا يمضى امر الصبي الا بأن يبلغ واورد على الاستدلال سيدنا الاستاد بأن الظاهر من هــذه النصوص نفي

١) النساء/ ٦

٢) لاحظ ص: ٣٣٩

٣) لاحظ ص: ٣٣٩

١٤ و٥) الوسائل الباب ٢ من احكام الحجر الحديث : ٣ و٥

نعم الاحوط أن يكون تصرفه باذن الولي أو الحاكم الشرعي^{١١} أما لواراد أن يكون تصرفه بعدالبلوغ^٣اومع اذن الولى فالاظهر صحة

استقلال الصبى بالأمر وأما مع اجازة ولية فلا تعرض في النصوص له .

لكن الانصاف: ان مقتضى الاطلاق عدم ترتب الاثر على فعله ولومع اجازة وليه ، لكن العمدة في الاشكال عدم تمامية اسناد النصوص المشار اايها ظاهراً .

الطائفة الثانية: ما يــدل على رفع القلم عــن الصبي حتى يحتلم ومن تلك الطائفة مارواه عمار الساباطي (*١) بتقريب ان مقتضى رفع القلم عنه عدم ترتب اثر على انشائه فوجوده كالعدم.

و پرد علیه: ان رفع القلم لایستلزم عدم اعتبار انشائه فان الظاهر من هذه الجملة ان الصبي لایلزم بشییء و من الظاهر انه لو أجرى صیغة البیع و كالم عنی قبل المالك لایتوجه الزام علیه الا أن یقال: انه لوصاروكیلا او وصیاً و اوقع معاملة و كالة أو وصایة پلزم بترتیب الاثر.

الطائفة الثالثة: مايدل على ان عمده خطاء لاحظ ما رواه محمد بن مسلم (*٢) فان مقتضى الحديث ان عمده في حكم خطائه من حيث عدم ترتب الاثر ، ومن الظاهر ان الانشاء الصادر عن الخطأ غير مؤثر ومما ذكرنا علم ما في كلام الماتن من الاشكال .

١)قد تقدم ان اذن الولي أو الحاكم لاأثر له فلايترتب على انشاء غير البالخ
 الاثر المرخوب فيه .

٢) فان المقتضي تام بلا مانع .

١) لاحظ ص: ٣٣٩

٢) لاحظ ص: ٣٣٩

الكامل الا بعد بلوغ الصبي ام اراد أن يتصرف منفرداً قبل بلوغ الصبي (٢ لكن في الصورة الاولى اذاكان عليه تصرفات فورية كوفاء دين ونحوه يتولى ذلك الحاكم الشرعي (٣.

(الثاني): العقل فلاتصحالوصية الىالمجنون فيحال جنونه^{(٤}

والذي يمكن أن يقال في المقام: ان المجنون تارة لاتميز له ولا قصد لهفلا تصح الوصية اليه وكذلك اذا لم يكن رشيداً في معاملاته، وأما اذاكان قابلاللقصد والتميز وكان رشيداً في معاملاته فان تم اجماع تعبدي على عدم صحة جعله وصياً

١) قد ظهر مما ذكرناه ان اذن الولى لاأثر له .

٢) اذ لامانع من الوصاية الى المتعدد وقد دلت عليه النصوص منها مارواه محمد بن الحسن الصفار قال كتبت الى أبي محمد عليه السلام: رجل كان أوصى الى رجلين أيجوز لاحدهما ان ينفرد بنصف التركة والاخر بالنصف ؟ فوقع عليه السلام: لاينبغي لهما ان يخالفا الميت وان يعملا على حسب ما امرهما انشاء الله (١٤) فلا ما نعمن الانضمام غاية الامر يشترط نفوذ عمل الصبي ببلوغه ، فلاحظ.

٣) فان الحاكم الشرعي له التصدي في مثل هذه الامور وحيث ان الوصاية
 قبل بلوغ الصبي لاأثر لها، والمفروض لزوم العمل فالحاكم يتصدي للأمرلكونه
 داخلا في الامور الحسبية التي امرها راجع الى الحاكم الشرعى.

٤) قال في الجواهر (*٢): « لايصح الايصاء الى المجنون مطبقاً أوادواراً لعدم صحة تصرفاته وعدم صلوحه للوكالة فضلا عن الوصاية التي هي اعظم منها»
 السخ.

١) الوسائل الباب ٥١ من أحكام الوصايا الحديث: ١

۲) ج ۲۸ ص: ۳۹۲

(الثالث): الاسلام اذاكانالموصى مسلماً على المشهور وفيه

فهووالا فلقائل أن يقول: اي مانع لجعله وصياً كما انه لوقلنا بأنه لايصح توكيله نلتزم بعدم صحة الايصاء اليه للاولوية كما مرفي كلام صاحب الجواهرقدس سره.

وايضاً يمكن أن يقال: بأنه لو ثبت رفع القلم عن المجنون على الاطلاق لا لا يكون توكيله ولا الايصاء اليه صحيحاً اذ مع عدم الزامه بشبىء كيف يمكن الالتزام بصحة تصرفاته كما لو باع دار موكله مع عدم الزامه بالاقباض؟.

الا أن يقال: ان الضرورات تقدر بقدرها ولاتنافي بين صحة بيعه وعدموجوب اقباضه لرفـع القلم والالزام عنه كما أن الجزم باشتراط الرشــد محل الاشكال والكلام.

١) اذ المفروضكون الجنون مانعاً فلا فرق بين قسميه .

٢) لا يخفى ان الاهمال محال في الواقع وعليه نقول: ان جعل الوصاية اذا كان شاملا لما بعد الافاقة فالمقتضي لتحقق الوصاية تام ولا مانع ولا مجال لأن يقال انه لامقتضي للعود فالأظهر العودو أما مع عدم شمول الجعل لما بعدالافاقة فلامقتضي للغود كما هو ظاهر.

ثم انه وردت رواية في المقام عـن على عليه السلام ولا يزيل الوصي عـن الوصية ذهاب عقل أوارتداد أوخيانة أو ترك سنة (*١) الخ لكن الرواية الضعف سندها لاتكون قابلة للاستناد اليها .

٣)كما هو ظاهر .

١) جواهر الكلام ج ٢٨ ص: ٣٩٣

١) ما قبل فيمقام الاستدلال على المدعى امور: الاول قوله تعالى ولن يجعل
 الله للكافرين على المؤمنين سبيلا(*١) بتقريب ان هذا نحوسبيل على المؤمن للكافر
 وقد نفى شرعاً .

ويرد عليه اولا: انه يلزم انه لو استأجر الكافر المسلم لعمل تكون الاجارة باطلة وهو كما ترى وثانياً يمكن أن يقال: بأن السبيل المنفي راجع الى الاخرة بل الظاهر ان الامر كذلك اذالمستفاد من الايةان الحكومة والقضاوة بين المتخاصمين اذا كان يوم القيامة يكون الحاكم في ذلك اليوم هـو الله ، فيكون السبيل المنفي للكافر في ذلك اليوم .

وذكر السيد البجنوردي (قدس سره) حديثاً (* ٢) عـن الطبري في تفسيره عن ابن ركيع باسناده عن علي عليه السلام قال رجل: يا أميرالمؤمنين أرأيت قول الله ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وهـم يقاتلوننا فيظهرون ويقتلون قال له علي عليه السلام ادنه ثم قال عليه السلام فالله يحكم بينهم يوم القيامة ولـن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا يوم القيامة ، يؤيد ما ذكرنا .

وثالثاً: ان المناسبةبين الحكم والموضوع تقتضيأن يكون المراد منالسبيل الحجة في الامر الديني ورابعـاً: ان السبيل هو السلطنة ولا سبيل للوصي على الموصى .

الأمرالثاني: «قوله تعالى لا يتخذالمؤمنون الكافرين اولياء من دون المؤمنين (٣٣) بتقريب ان جعل الكافر وصياً جعله ولياً وفيه اولاً: يرد عليه النقض المذكوروثانياً ان جعله وصياً بعد الموت ليس جعله ولياً وثالثاً: النهى التكليفي لا يقتضى الفساد

١٤١/ النساء / ١٤١

٢) ج ١ من القواعد الفقهية ص : ١٥٨

٣) آل عمران/٢٨

(مسألة ٢): الظاهر عدم اعتبار العدالة في الوصى بل يكفي الوثوق والامانة هدا في الحقوق الراجعة الى غيره كاداء الحقوق الواجبة والتصرف في مال الايتام ونحو ذلك (اأما ما يرجع الى نفسه كما اذا اوصى اليه في أن بصرف ثلثه في الخيرات والفربات ففي اعتبار الوثوق به

الوضعي .

الامر الثالث: الاجماع ، وفيه ان تمامية الاجماع التعبدي الكاشف في غاية الاشكال ، فالحق هو الجواز .

١) نسب الى جماعة من الاعيان اشتراط صحة الوصية بعدالة الوصي واستدل على المدعى بامور: الأمر الاول: انه لولم يكن عادلا لا يجوز الركون اليه لقوله تعالى «ولا تركنوا الى الذين ظلموا فتمسكم النار» (* ١).

ويردعليه اولا: ان الوصاية ليست ركوناً فان الظاهر من الاية الكريمة المنع من جعل الظالم ركناً وعماداً كالركون الى الامام الفاسق ويؤيد المدعى ما عسن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزوجل ولاتركنوا الى الذين ظلموافتمسكم النار» قال: هو الرجلياتي السلطان فيحب بقائه الى أن يدخل يده كيسه فيعطيه (*٢)

وثانياً: انه يلزم حرمة استيجار الفاسق ومن الظاهر فسادهذه الدعوى وثالثاً ان الظاهر من الآية الشريفة الظالم للغيرو الفاسق اعم منه فان الفاسق و ان كان ظالماً لنفسه لكن الظاهر من هذا اللفظ في المحاورات هو القسم الخاص منه وهو الظالم للغير ورابعاً: ان النهى التكليفي لايستلزم الفساد الوضعي .

۱) هود/۱۱

٢) تفسير نور الثقلين ج _ ٢ ص: ٠٠٠ الحديث: ٢٣٠

الامر الثاني: ان الوصاية استيمان على مال الغير والفاسق ليس اهلا للاستيمان ويرد عليه اولا: انه يكفي كونه موثقاً به واما اشتراط العدالة فلا وثانياً انه يمكن جعل الناظر عليه .

الامر الثالث : ان مال الموصي ينتقل الى الغير بموته فــلا يجوز استيمان الفاسق .

ويرد عليه : أن الاستيمان يتم مع الوثوق كما مر فلاتشترط العدالة .

الامر الرابع: انه يشترط في وكيل الوكيل العدالة فتشترط في الوصي بالاولوية لأن تقصير الوكيل يجبر بنظر الوكيل والموكل بخلاف الوصي .

وفيه انه لاتشترط العدالة في وكيل الوكيل فان الموكل اذا اذن للوكيل توكيل الغير يجوز والافلا وبعبارة اخرى : الامر بيــد الموكل في أصل التوكيل وفي قيوده ، مضافاً الى أنه يمكن تثبيت الامر بجعل الناظر .

الأمر الخامس: النصوص الواردة بالنسبة الى من مات ولـــه اموال وورثة صغار ولا وصي له حيث اشترطت العدالة في تلك النصوص للمتولى:

منها : مارواه على بن رئاب قال : سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل بيني وبينه قرابة مات وترك اولاداً صغاراً، وترك مماليك له غلماناً وجواري ولم يوص فماترى فيمن يشتري منهم الجارية فيتخذها ام ولد؟ وما ترى في بيعهم فقال : ان كان لهم ولي يقوم بأمرهم باع عليهم ونظر لهم كان مأجوراً فيهم ، قلت فما ترى فيمن يشتري منهم الجاريه فيتخذها ام ولد ؟ قال : لابأس بذلك اذا باع عليهم القيم لهم الناظر فيما يصلحهم ، وليس لهم أن يرجعوا اعما صنع القيم لهم الناظر فيما يصلحهم (* 1) .

١) الوسائل الباب ٨٨ من احكام الوصايا الحديث : ١

كتاب الوصية في الوصي _________ ٣٩٩ اشكال'^١.

(مسألة ٣): اذا ارتد الوصى بطلت وصايته بنـاء على اعتبار الاسلام في الوصى^{٢)}

ومنها: مارواه سماعة قال: سألته عن رجل مات ولهبنون وبنات صغارو كبار من غير وصية، وله خدم ومماليك وعقدكيف يصنع الورثة بقسمة ذلك الميراث قال: ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلك كله فلا بأس (* ١).

ومنها: ما رواه اسماعيل بن سعد ، قال: سألت الرضاعليه السلام عن رجل مات بغير وصية وترك اولاداً ذكراناً وغلماناً صغاراً ، وترك جواري ومماليك ، هل يستقيم أن تباع الجواري ؟ قال: نعم ، وعن الرجل يصحب الرجل في سفر فيحدث به حدث الموت ، ولا يدرك الوصية كيف يصنع بمتاعه وله اولاد صغار و كبار ، أيجوز أن يدفع متاعه ودوابه الى ولده الأكابر أو الى القاضيوان كان في بلدة ليس فيها قاض كيف يصنع ؟ وان كان دفع المتاع الى الأكابر ولم يعلم فذهب فلم يقدر على رده كيف يصنع ؟ قال: اذا أدرك الصغار وطلبوا لم يجد بداً من اخراجه الا أن يكون بأمر السلطان الحديث (* ٢).

وتلك النصوص وانكانتخارجة عن المقاملكن فيهاأشعار بأنه لابد في التولي في أمر الصغير أن يكون المتولي عادلا هكذا في الجواهر ويرد عليه : انه ليس في تلك النصوص ذكر من العدالة والمذكور في الحديث الثاني من الباب عنوان الوثاقة .

١) لعدم المقتضي للاشتراطكما يظهر بأدني تأمل .

٧)كما هو ظاهر فانه على القول باشتراط الاسلام في الوصي لاتبقى الوصية

١) الوسائل الباب ٨٨ من احكام الوصايا الحديث : ٢

٢) الوسائل الباب ٨٨ من أحكام الوصايا الحديث: ٣

(مسألة ٤): اذا أوصى الى عادل ففسق فان ظهر من القرينة التقييد بالعدالة بطلت الوصية وان لم يظهر من القرينة التقييد بالعدالة لم تبطل وكذا الحكم اذا أوصى الى الثقة (٣).

(مسألة ۵) : لاتجوز الوصية الى المملوك الاباذن سيده (٤ او معلقة على حريته (٥ .

بحالها بعد زوال الشرط.

- ١) لعدم المقتضي للعود .
- ٢) لم افهم الفرق بين هذه المسئلة وما مر من أنه لو عرض الجنون ثم أفاق حيث الماتن قال هناك: «عادت على الاظهر» وفي المقام على العود على التصريح به وكيف كان لافرق بين المقامين ثبوتاً والعود وعدمه دائران مدار الجعل وعدمه والظهور في مقام الاثبات متبع.
 - ٣) ما أفاده على طبق القاعدة الأولية .
- ٤) اذ لاأمرله مع سيده وزمامه بيد مولاه ويؤيد المدعىما رواه عبدالرحمن بن الحجاج (* ١) بتقريب: ان عدم جواز جعله وصيئاً يستفاد من عدم جواز وصيته .
- ه) اذ التعليق على ما يتوقف عليه صحة العقد أو الايقاع لادليل على بطلانه فلا مانع منه ، وفي المقام فروع واقوال اغمضنا النظر عن التعرض لها لعدم كون اصل المسئلة محل الابتلاء كما هو ظاهر .

١) لاحظ ص: ٣٤٠٥

كتاب الوصية في الوصي ______

(مسألة ٢): تجوزالوصايةالىالمرأة(اعلى كراهة(^٣والاعمى^{٣)} والوارث^{(١}.

1) لاطلاق الدليل وقيام السيرة بلا نكير فان السيرة جارية على جعل الآب ام اطفاله قيماً عليهم ويؤيد المدعى ما رواه على بن يقطين قال: سألت أباالحسن عليه السلام عن رجل أوصى الى امرأة وشرك في الوصية معها صبياً، فقال: يجوز ذلك وتمضى المرأة الوصية، ولا تنتظر بلوغ الصبي، فاذا بلغ الصبي فليس له أن لايرضى الاماكان من تبديل أو تغيير فان له أن يرده الى ما أوصى به الميت (*١) وانما عبر نا بالتأييد لضعف السند بالعبيدي .

 γ) استفيدت الكراهة من حديث السكوني ، عن جعفر بن محمد ، عنابيه ، عن آبائه ، عن علي عليهم السلام قال : المرأة لايوصى اليها لأن الله عزو جل يقول γ ولا تؤتوا السفهاء اموالكم γ (γ) وهذه الرواية ضعية لضعف اسناد الصدوق قدس سره الى السكوني على ما ذكره الحاجياني .

ولا يخفى : ان المستفاد من الحديث عدم الصحة فتكون الرواية معارضة اما يدل على الصحة وحمل الفساد على الكراهة بلاوجه .

نعم لابأس بحملهاعلى التقية لأنه مذهب اكثر اهل الخلاف حسب نقل صاحب الوسائل عن الشيخ .

٣) لاطلاق الدليل وعدم تقييد للاطلاق ومـا نقل عن بعض العامة من عـدم
 الجواز، مردود .

٤) بلا اشكال وعليه السيرة القطعية فان رسول الله صلى الله عليه وآله أوصى
 الى على عليه السلام وهو سلامالله عليه أوصى الى الحسن عليه السلام وفاطمة عليها

١) الوسائل الباب ٥٠ من احكام الوصايا الحديث : ٢

٢) الوسائل الباب ٥٣ من احكام الوصايا الحديث: ١

(مسألة ٧): اذا اوصى الى الصبي والبالخ فمات الصبي قبل بلوغه اوبلغ مجنوناً ففي جواز انفراد البالغ بالوصية قولان احوطهما الرجوع الى الحاكم الشرعي فيضم اليه آخر ١٠.

(مسألة ٨): يجوز جعل الوصاية الى اثنين اواكثر على نحو الانضمام وعلى نحو الاستقلال (قان نص على الاول فليس لاحدهما الاستقلال بالتصرف لافي جميع ماأوصى به ولافي بعضه (واذا عرض لاحدهما ما يوجب سقوطه عن الوصاية من موت و نحوه ضم الحاكم

1) اناستفيد من ايصاء الموصي اشتراطالتصرفبالانضمام فالمتعين الرجوع الى الحاكم كسى يضم اليه آخر والا فالظاهسر جواز الانفراد اذ المفروض تحقق الايصاء اليه ومادام لسم يبلخ الصبي لايكون له شريك نلو فرض موته أو بلوغه مجنوناً يجوز للوصي أن ينفرد بالتصدي اذ المفروض عدم تحقق موضوع الاشتراك فلاحظ.

ويمكن أن يقال: ان فيصورة الاشتراك والايصاء الىالمتعدد لايجوزللحاكم ضماحد الى الوصياذ المفروض ان الموضوع هوالمركب والمجموع وقدفرض انتفائه بانتفاء احدهما فتصل النوبة الى الحاكم لأن المورد من الامور الحسبية .

- ٢) لاطلاق دليل اعتبار الوصية ، مضافاً الـى النص الخاص الوارد في المقام (١٠) .
- ٣)كما هو ظاهر لأن جواز التصرف يدور مدار شمول الوصية فالأمركما
 أفاده ،

السلام اوصت الى علي عليه السلام فلاريب في المسألة .

١) لاحظ ص: ٣٩٤

آخر الى الاخر (ا وان نص على الثاني جاز لاحدهما الاستقلال (ا وايهما سبق نفذ تصرفه (اوان اقترنا في التصرف مع تنافي التصرفين بأن ها عاحدهما على زيد والاخرعلى عمروفي زمان واحد بطلامعًا والهما ان يقتسما الثلث بالسوية و بغير السوية (واذا سقط احدهما عن الوصاية انفرد الاخرولم يضم اليه الحاكم آخر (اواذا اطلق الوصاية اليهما ولم ينص على الانضمام والاستقلال جرى حكم الانضمام (الااذا كانت قرينة على الانفرادكما اذا قال: وصبى فلان وفلان

١) اذ المفروض ان الموصي قيد النصرف على نحو الاشتراك فتصل النوبة
 الى الحاكم وهو يضم الى آخر الاخر ، وقد مر قريباً الاشكال فيه ، فلاحظ .
 ٢)كما هو ظاهر فان زمام الامر توسعة وتضييقاً بيد الموصى .

۳) كما هو ظاهر لصدوره من اهله ووقوعه في محله .

٤) لعدم امكان صحتهما ولامقتضى لترجيح لاحدهما على الاخر .

ه) اذالمفروض استقلال كلمنهما بالتصرف فلكل منهما التصرف في كلجزء
 من الثلث .

٦) اذ المفروض ان كل واحد اوصي اليه بنحو الاستقلال ، فلا وجه للضم . γ) لعدم ثبوت الوصاية بنحو الاستقلال والأصل العملي يقتضي عدمها فلابد من الاقتصار على المقدار المعلوم وهو الانضمام ان قلت : كما ان مقتضى الاصل عدم جعل الاستقلال كذلك مقتضاه عدم جعل الانضمام قلت : نعم ولكن العمل الخارجي والتصرف فيما يتعلق بالميت اذا تحقق بنحو الانضمام يكون مورد الامضاء قطعاً وأما غيره فلا دليل على جوازه وصحته ، فلاحظ .

وصفوة القول: ان اللازم رعاية ما أوصى بــه الموصى وعدم التخلف عما

فاذا ما تاكان الوصي فلاناً فانه اذا مات احدهما استقل الباقي ولـم يحتج الى أن يضم اليه آخر (1 وكذا الحكم في ولاية الوقف(٢.

(مسألة ٩) : اذا قال زيد وصيى فـان مات فعمرو وصيى صح و يكونان وصبين مترتببن وكذا يصحاذا قال وصيى زيدفان ېلغ و لدي

جعله ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه محمد بن الحسن الصفار (* ١)

وربما يقال: بأنه يعارضه ما رواه بريد بن معاوية قال: ان رجلا ماتواوصى الىي والى آخر والى رجلين ، فقال احدهما : خذ نصف ما ترك واعطني النصف مما ترك فأبى عليه الاخر ، فسألوا أبا عبدالله عليه السلام عن ذلك فقال : ذلك له (* ٢) .

بتقريب ان المشاراليه باسم الاشارة ارادة التقسيم فيقع التعارض بين الخبرين اذ مفاد الخبر الاول عدم الجواز معجعل الوصاية على نحو الاطلاق ومفاد الخبر الثاني جوازه، فنقول على فرض التعارض يكون المرجح مع الاول لكونه أحدث بل يمكن أن يكون الخبر الاول موافقاً للكتاب اذ المستفاد من الكتاب عدم جواز تبديل الوصية ومع عدم رعاية الاجتماع يحتمل أن يكون تبديلا للوصية ومقتضى اصالة عدم جعل الاستقلال ان التصدي لايكون بنحو الاستقلال.

وان شئت قلت: ان مقتضى الكتاب وجوب رعايــة الوصية والخبر الاول ايضاً مفاده كذلك ، مضافاً الى الاشكال في السند فان داود بن أبي يزيد لم يوثق. ١) كما هو ظاهر اذ المفروض عدم لحاظ الموصى الانضمام .

٧) لعين الملاك .

١) لاحظ ص: ٣٩٤

٢) الوسائل الباب ١٥ من أحكام الوصايا الحديث : ٣

(مسألة ١٠): يجوز أن يوصي الى وصييـــن أواكثر ويجعل الوصاية الىكل واحد في أمر بعينه لايشاركه فيه الاخر^٧.

(مسألة 11): اذا أوصى الى اثنين بشرط الاتضمام فتشاحا لاختلاف نظرهما فان لم يكن مانع لاحدهما بعينه من الانضمام الى الاخر أجبره الحاكم على ذلك وان لم يكن مانع لكل منهما مسن الانضمام اجبرهما عليه وان كان لكل منهما مانع انضم الحاكم الى احدهما ونفذ تصرفه دون الاخر (٣.

(مسألة ١٢): اذا قال اوصيت بكذا وكذا وجعلت الوصى فلاناً ان استمر على طلب العلم مثلا صح وكان فلان وصياً اذا استمرعلي

١) لاطلاق ادلة الوصيةان قلت: أليست الوصية لعمروبنحو التعليق؟ والتعليق يوجب البطلان قلت: المدرك لبطلان التعليق هو الاجماع فاذا لم يشمل معقد الاجماع المقام فلا مانع منه بعد شمول اطلاق دليل الوصية ، فلاحظ .

٢) لاطلاق دليل نفوذ الوصية ، وان شئت قلت : المقتضي للصحة موجود
 والمانع مفقود .

٣) الذي يختلج بالبال أن يقال في هذا المقام انه تمارة يكون اختلاف النظر ناشياً من سبب شرعي بأن يرى كل منهما نظر الاخر خلاف الميزان الشرعي و اخرى يكون ناشياً من سبب خارجي فان كان الاختلاف من القسم الاول فلا مناص من انضمام الحاكم الى احدهما و تنفيذ نظره و ان كان من القسم الثاني فعلى الحاكم أن يجبرهما على أمر و احد ، و ان كان سبب الاختلاف مختلفاً بأن يكون احدهما

طلب العلم (أفان انصرف عنه بطلت وصايته (أو تولى تنفيذ وصيته الحاكم الشرعي (أ).

(مسألة ١٣): اذا عجز الوصي عن تنفيذ الوصية ضم اليه الحاكم من يساعده (أواذا ظهرت منه الخيانة (ماليه اميناً يمعنه عن الخيانة (ماليه الميناً يمكن عزله ونصب غيره (٦).

ناظراً الى جهة شرعية دون الاخر أجبر الاخر على الانضمام.

وقد مر انه مع الوصاية الى المجموع تبطل الوصاية في صورة عـدم امكان الاجتماع فتصل النوبة الى دخالة الحاكم الذي يكون مرجعاً للامور العامة.

الا أن يقال: ان مطلوب الموصي متعدد فاذا لم يمكن اجتماع المطلوبين يلزم التحفظ على احدهما ، فلابد من ان الحاكم أن يضم اليه الاخر وعلى هذاالاساس لابد من ملاحظة كلام الموصى واستفادة مراده من كلامه ، والله العالم .

- ١) لاطلاق دليل الوصية وزمام الامر بيد الموصي فله أن يجعل الوصاية كيف اراد .
 - ٢) لفقدان الشرط والعنوان المقوم لبقاء الوصاية .
- ٣) اذ المفروض انه لاوصي له والحاكم له الولاية بالنسبة الى الامور العامة
 وهذا منها .
- ٤) اذ المفروض ان الحاكم ولي في الامور التي لاولي لها ويمكن أن يقال
 ان الوصاية تبطل بعجز الوصي فلامجال للضم .
 - ه) فانه من شئون الولاية العامة .
- ٦) ربما يقال : لاوجه للعزل بل غايته المنع عن التصرفات ولكن يمكن أن
 يقال: ان دائرة جعل الوصاية اما لاتشمل الخائن واما تشمل أماعلى الاول فلاموضوع

(مسألة ۱۶): اذا مات الوصى قبل تنجيز تمام ما اوصى اليه به نصب الحاكم الشرعي وصياً لتنفيذه (ا وكذا اذا مات فى حياة الموصى ولم يعلم بذلك اوعلم ولم ينصب غيره ولم يكن ما يدل على عدوله عن اصل الوصية (اوليس للوصى ان يوصى الى احد فى تنفيذ ما اوصى اليه به الا ان يكون مأذوناً من الموصى فى الايصاء

للعزلكما هو ظاهر وأما على الثاني فمـع بقاء كونه وصياً لامجال لتصدي غيره فلابد من عزله كي يتصدي غيره للامر .

ولكن يمكن أن يقال: ان للحاكم منعه عن التصرف ومنـــع الحاكم كمنع الموصي ومعمنع الحاكم ليس لهحق التصرف وتظهر النتيجة انه لوتاب وعدل الى سواء الطربق وندم عن خيانته يكون باقياً على وصايته .

ان قلت: ان الموصي لايرضى بخيانة الوصي قلت: الامر النفساني لايغير متعلق الجعل والانشاء ولنا أن نقول ان القرينة المقامية مانعة عـن جعل الوصاية على الاطلاق وبعبارة اخرى: يمكن أن يقال: ان الموصي بارتكازه النفساني يجعل الوصاية للوصي مادام لا يكون خائناً.

اللهم الا أن يقال: ان الاطلاق عبارة عن رفض القيود لا الجمع بينها، فمقتضى الاطلاق استمرار الجعل وعدم التقييد والأمر النفساني والدواعي النفسية لاتؤثر في توسعة الجعل ، فلاحظ لكن لو قلنا بأن الارتكاز يوجب التقييد لابد من رفع اليد عن الاطلاق .

١) اذ المفروض ان الوصي مات فلابد من دخالة ولي الأمر وهو الحاكم .
 ٢) لعين الملاك وفي المقام شبهة وهي ان الوصاية اذا كانت الى شخص خاص فبمو ته تنتفى الوصاية والوصية ، الا أن يعلم من حال الموصي ان وصيته ليست دائرة مدار وجود الوصي وبعبارة اخرى: اطلاق الوصية ويقائها حتى بعدفوت

(مسألة 10): الوصي امين لايضمن الابالتعدي أوالتفريط ^{(۲} ويكفي في الضمان حصول الخيانة بالاضافة الى ضمان موردها ^{(۳}اما الضمان بالنسبة الى الموارد الاخر مما لم يتحقق فيها الخيانة ففيه اشكال بل الاظهر العدم ⁽³.

(مسألة ١٦): اذا عين الموصي للوصي عملاخاصاً أوقدر آخاصاً أو كيفية خاصة وجب الاقتصار على ما عين ولم يجزله التعدي فان تعدى كان خائناً واذا أطلق له التصرف بأن قال له: اخرج ثلثى وانفقه عمل بنظره و لابد من ملاحظة مصلحة الميت فلا يجوز له أن يتصرف كيف شاء وان لم يكن صلاحاً للميت أو كان غيره أصلح مع تيسر فعله على النحو المتعارف و يختلف ذلك باختلاف الاموات فربما يكون الاصلح اداء العبادات الاحتياطية عنه و ربما يكون الاصلح اداء العبادات الاحتياطية و بها يكون المالية الاحتياطية و ربما يكون الاصلح اداء احتياطي دون المالية الاحتياطية و ربما يكون الاصلح اداء حق بهينه احتياطي دون

الوصى يحتاج الى دليل .

١) اذ ليس له هذا الحق الا مع الاذن من الموصي وبعبارة اخرى: زمام الامربيد الموصي لابيد الوصي وتفويض الامر الى الغيريتوقف على الدليل وحيث ليس فليس.

٢) لأنه مأذون في النصرف ولا موجب لضمانه مادام لايكون خائناً .

٣)كما هو ظاهر .

٤) اذ المفروض بقاء اذنه في التصرف فملاك عدم الضمان موجود فلايضمن.

غيره اواداءالصلاة عنه دونالصوم وربما يكونالاصلح فعل القربات والصدقات وكسوة العراة ومداواة المرضى ونحوذلك . هذا اذا لم يكن تعارف يكون قرينة على تعيين مضرف بعينه والاكان عليه العمل (١٠).

(مسألة ۱۷): اذا قال انت وصبى ولسم يعين شيئاً ولم يعرف المراد منه وانه تجهيزه اوصرف ثلثه اوشئون اخرى كان لغواً ۱۲ الا اذاكان تعارف يكون قرينة على تعيين المرادكما يتعارف في كثيرمن بلدان العراق انه وصى في اخراج الثلث وصرفه في مصلحة الموصى واداء الحقوق التى عليه واخذ الحقوق التى له ورد الامانات والبضائع الى اهلها واخذها من مشموله للقيمومة على القاصرين من اولاده

قلت : المناسبة بين الحكم والموضوع تمنع عن الاطلاق ، وان شئتقلت العرفلايفهم من كلام الموصي الاالعمل بما هو أصلح ولااقل عن عدم الجزم بالاطلاق

۲) الذي يختلج بالبال ان الوجه في كونه لغواًان الوصية من الامور الانشائية والانشاء متقوم بالابراز فمع فرض عدم الابراز لابالصراحة ولا بالاشارة لامطلقاً ولا مقيداً يكون لغواً وبعبارة اخرى: مادام لايفهم العرف من كلام المتكلم شيئاً لايترتب عليه اثر ، فلاحظ .

١) كما هو ظاهر واضح فان زمام الامر بيد الموصي وما أفاده في هذا الفرع على طبق القاعدة وليس مورداً للبحث وعلى الجملة لابد من العمل بما أوصى به الموصى اطلاقاً وتقييداً فلابد من رعايـة الصلاح والأصلح ان قلت: ما المانع من الاخذ بالاطلاق وعدم الرعاية ؟ .

٣) فان النعارف قرينة على المراد بحسب المتفاهم العرفي .

اشكال والاحوط أن لا يتصدى لامورهم الابعد مراجعة الحاكم الشرعى وعدم نصب الحاكم الشرعى غيره الاباذن منه (١.

(مسألة ۱۸): هجوزللموصى اليه أن هرد الوصية في حال حياة الموصى بشرط أن يبلغه الرد^{(۲}بل الاحوط اعتبار امكان نصب غيره له ايضاً (۳ولا هجوز له الرد بعد موت الموصى (۴ سواء قبلها قبل الرد أم لم يقبلها (۱۰ والرد السابق على الوصية لااثر له فلوقال زيد لعمرو لااقبل أن توصى الي فأوصى عمرو اليه لزمته الوصية الاان يردها بعد ذلك (۱ ولو أوصى اليه فرد الوصية فاوصى اليه ثانياً ولم يردها

١) اذا فرض شمول الوصاية له ولو بالقرينة العامة يؤخذ بها ، ولم اعرف
 وجه التفصيل ولعل الماتن ناظر الى مستند صحيح ، والله العالم .

للنص الخاص لاحظ ما رواه منصور بن حازم (* ١) بدعوى ان العرف يفهم من الحديث ان الوجه في عدم جواز الرد في حال الغيبة عـدم امكان وصول الرد الى الموصي فتأمل .

٣) فانه لايبعد أن يستفاد المدعى من حديثي فضيل بــن يسار ومنصور بــن
 حازم (* ٢) .

٤) كما يستفاد من النصوص الواردة في المقام فان المستفاد منها ان جواز
 الرد منحصر بصورة وصوله الى الموصى وامكان جعل بدل له ، فلاحظ .

ه) للاطلاق المستفاد من النص .

٦) لعدم دليل على تأثيره والميزان بحال تحقق الوصية حسب النصوص .

١) لاحظ ص: ٣٢٦

٢) لاحظ ص: ٢٢٥ و٣٢٦

ثانياً لجهله بها ففى لزومها له قول ولكنه لايخلومن اشكال بل الاظهر خلافه (۱.

(مسألة ١٩) : اذا رأى الوصى ان تفويض الامر الى شخص في بعض الامور الموصى بها أصلح للميت جازله تفويض الامراليه كأن يفوض امرالعبادات التيأوصي بها الىمنله خبرة فيالاستنابة في العبادات ويفوض امرالعمارات التي أوصى بها الى من له خبرة فيها ويفوض امر الكفارات التي اوصي بها الي من له خبرة بالفقراء وكيفية القسمة عليهم وهكذا وربما يفوض الامر في جميع ذلك الى شخص واحد اذا كان له خبرة في جميعها وقد لايكون الموصى قد أوصى بامور معينة بل أوصى بصرف ثلثه في مصالحه وأوكل تعيبن المصرف كما وكيفاً الى نظره فيرى الوصى من هو اعرف منه في تعيين جهات المصرف وكيفيتها فيوكل الامر اليه فيدفع الثلث اليه بتمامه ويفوض اليه تعيين الجهاتكما وكيفأكما يتعارف ذلك عند كثيرمن الاوصياء حيث يدفعون الثلث الموصى بــه الى المجتهــد الموثوقهه عندهم فالوصايةالىشخص ولاية فيالنصرف ولوبواسطة التفويض الى الغير فلاإأس أن يفوضالوصي أمرالوصية الى غيره''

¹⁾ الأمركما أفاده فان العرف يفهم من النصوص الواردة ان الوصية لوردت على ما هو المقرر فلا أثر لها بعده ولو جددت من قبل الموصي وان شئت قلت: ان دليل النفوذ منصرف عن الصورة المفروضة ولكن مع ذلك في النفس شيىء.
٢) الأمركما أفاده فان الأمر مفوض الى الوصى فله أن يعمل على طبق نظره

والميزان الكلي ان لايخون في مقام العمل ويمكن الاستدلال على المدعى بمارواه جعفر بن عيسى قال: كتبت الى أبسي الحسن عليه السلام في رجل أوصى ببعض ثلثه من بعد موته من غلة ضيعة له الى وصيه يضعه في مواضع سماها له معلومة في كل سنة ، والباقي من الثلث يعمل فيه بماشاء ورأي الوصي فانفذ الوصي ماأوصى اليه من المعلوم ، وقال في الباقي : قد صيرت لفلان كذا ولفلان كذا في كل سنة ، ثم بداله في ذلك، فقال كل سنة ، وفي الحج كذا ، وفي الصدقة كذا في كل سنة ، ثم بداله في ذلك، فقال قد شئت الاول ، ورأيت خلاف مشيتي الأولى ورأيى أله أن يرجع فيه يصير ما صير لغيرهم أو ينقصهم أو يدخل معهم غيرهم ان اراد ذلك ؟ فكتب علبه السلام: له أن يفعل ما شاء « يشاء خ ل » الا أن يكون كتب كتاباً على نفسه (* ١) .

- ١)كما هو ظاهر فان مرجعه تضييق دائرة سلطة الوصى .
- ٢) لعدم دليل على الجواز اذ لادليل على جواز عزله ونصب غيره .

٣) اذالمورد من الامورالعامة التي زمامها بيد الحاكم الشرعي فعليه التصدي
 بنفسه او تعيين شخص وصياً مكان الفاقد للشرطكما ان الامر كذلك فيما لم يعين
 الموصى وصياً .

١) الوسائل الباب ٩٥ من أحكام الوصايا الحديث: ١

(مسألة ٢١): اذا نسي الوصي مصرف المال الموصى به وعجز عن معرفته صرفه في وجوه البرالتي يحتمل أن تكون مصرف المال الموصى به اذا كان الترددببن غير المحصور اما اذا تردد بين محصور ففيه اشكال ولا يبعد الرجوع الى القرعة في تعيينه (١).

وأما حديث سماعة (*) وحديث محمد بن اسماعيل بزيع - قال : مات رجل من اصحابنا ولم يوص فرفع امره الى قاضي الكوفة فصير عبدالحميد القيم بماله ، و كان الرجل خلف ورثة صغاراً ومتاعاً وجواري ، فباع عبدالحميد المتاع فلما اراد بيع الجواري ضعف قلبه عن بيعهن اذ لم يكن الميت صير اليه وصيته و كان قيامه فيها بامرالقاضي لأنهن فروج قال : فذكرت ذلك لأبي جعفر عليه السلام قلت له: يموت الرجل من اصحابنا، ولا يوصي الى احد، ويخلف جواري فيقيم الفاضي رجلا منا فيبيعهن ، او قال: يقوم بذلك رجل منافيضعف قلبه لانهن فروج فما ترى في ذلك ? قال : فقال: اذاكان القيم به مثلك «او . يب» ومثل عبد الحميد فلا بأس (* *) - فلا ير تبطان بالمقام .

1) لم أفهم وجه الفرق بين المحصور وغير المحصور اذ الظاهر ان المراد بغير المحصور ما يكون اطرافه كثيرة وعليه يكون مقتضى القاعدة الرجوع الى القرعة وتعيين التكليف بها بناء على عموم دليلها واجرائها في الشبهات الموضوعية وأما صرفه في الوجوه التى يحتمل أن تكون مصرفاً لمورد الوصية فالظاهر ان الوجه فيه ان الأمر دائر بين الامتثال الاحتمالي وتسرك الواجب من أصله والعقل حاكم على الأخذ بالامتثال الاحتمالي ، لكن مع جواز الرجوع الى القرعة لايبقى مجال لهذا البيان .

١) لاحظ ص: ٣٩٩

٢) الوسائل الباب ١٦ من أبواب عقد البيع وشروطه الحديث: ٢

وأما مكاتبة محمد بن الريان ــ قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام اسأله عن انسان اوصى بوصية فلم يحفظ الوصي الا باباً واحداً منها ، كيف يصنع في الباقي ؟ فوقع : الأبواب الباقية اجعلها في البر (* ١) فهى ضعيفة بسهل .

ان قلت : اذا كان الرجوع السى القرعة جايزاً يلزم جواز الرجوع اليها في جميع موارد العلم الاجمالي وهو كما ترى قلت : العلم الاجمالي تارة يفرض في الشبهة الحكمية واخرى في الموضوعية .

أما الاولى فلا مجال للقرعة فان القرعة انما شرعت في الشبهة الموضوعية كما لو علم اجمالا بكون واحد من قطيع الغنم موطوئاً وأما الثانية ، فلو سـدت الابواب ولم يكنطريق الى الامنثال تصل النوبة اليها ولا نتحاشى من الرجوع اليها ويؤيد المدعى ما رواه أبو حمزة الثمالي قال: قال: انرجلاحضرته الوفاة فأوصى الى ولده غلامي يسار هو ابني فورثوه مثل مايرث احدكم وغلامي يسار فاعتقوه فهوحر، فذهبوا يسألونه ايما يعتق وايما يورث فاعتقل لسانه، قال: فسألوا الناس فلم يكن عند احد جواب حتى اتوا أباعبدالله عليه السلام، فعرضو االمسألة عليه قال : فقال معكم احد من نسائكم ؟ قال : فقالوا : نعم معنا اربع اخوات لنا ونحن اربعة اخوة ، قال : فاسألوهن أي الغلامين كان يدخل عليهن فيقول ابوهن لاتستنرن منه ، فانما هو اخوكن ، قالوا : نعم كان الصغير يدخل علينا فيقول ابونا لاتستترن منه، فانما هو اخوكن، فكنانظن انهانمايقول ذلك لأنه ولد في حجورنا وانا ربيناه ، قال : فيكم اهـل البيت علامة ؟ قالوا : نعم ، قال : انظروا اترونها بالصغير ؟ قال : فرأوها به قال : تريدون اعلمكم امر الصغير ؟ قال : فجعل عشرة اسهم للولد ، وعشرة اسهم للعبد ، قال : ثم اسهم عشرة مرات ، قبال : فوقعت

١) الوسائل الياب ٦٦ من احكام الوصايا

(مسألة ٢٢): يجوز للموصي أن يجعل ناظراً على الوصية مشرفاً ومطلعاً على عمله بحيث لا يجوز للوصي أن يعمل بالوصية الا باطلاع الناظر واشراف عليه فاذا عمل بدون اشرافه كان بدون اذن من الموصي وخيانة له واذا عمل باطلاعه كان مأذوناً فيه واداءاً لوظيفته (ولا يجب على الوصي متابعة مثل هذا الماظر في رأيه و نظره فاذا أوصى الموصي باستنابة من يصلي عنه فاستناب الوصي زيداً وكان الناظرير يداستنابة عمرو ويراها أرجح لم يقدح ذلك في صحة استنابة زيد وليس للناظر الاعتراض عليه في ذلك (نعم لوجعله ناظراً على الوصي بمعنى أن يكون عمل الوصى بنظره ففي المثال المذكور

على الصغير سهام الولد ، فقال : اعتقوا هـذا وورثوا هذا (* ١) لكن الحديث وارد في الحق المالي .

وصفوة القول: انه يشكل الجزم بجريان القرعة في كلموردعلى نحو الاطلاق والعموم وتفصيل الكلام موكول الى مجال آخر .

١) لاطلاق دليل الوصية والأمر بيده فيجوز له الوصاية بهذا القيد ولايجوز للوصي التخطي عما أوصىبه مع قيوده فعلى تقدير التقييد يجبعلى الوصي العمل مطابقاً لنظر الناظر اذ متعلق الوصاية العمل على طبق نظر الناظر والا فلا يجب المطابقة بل يعمل على طبق نظره .

۲) الأمركما أفاده اذ المفروض ان نظر الناظر لادخل له فلا موجب لوجوب
 اطاعته .

١) الوسائل الباب ٣٦ من احكام الوصايا الحديث : ١

لاتصح استنابة زيد وتجب استنابة عمرو^{(۱} لكن هذا المعنى خلاف ظاهر جعل الناظر على الوصى ^{(۲} والظاهرانه اذا خان الوصى لم يجب على الناظر بما هو ناظر مدافعته في كلمنا الصور تبن^{(۳} فلولم يدافع لم يكن ضامناً ^(۱) وفي الصورتين اذا مات الناظر لزم الوصى الرجوع الى الحاكم الشرعى (۱۰).

(مسألة ٢٣): الوصية جائزة من طرف الموصى فاذا أوصى بشيىء جاز له العدول الىغيره واذا اوصى الى احد جاز له العدول الى غيره واذا اوصى بأشياء جازله العدول عن جميعها وعن بعضها كما يجوز له تبديل جميعها وتبديل بعضها مادام فيسه الروح (٦ اذا وجدت فيه الشرائط المتقدمة

١)كما هوظاهر فان المفروض ان نظر الناظر دخيل فيجب متابعته .

٢) فان الميزان الظهور العرفي فلابد من رعايته.

٣) لعدم الدليل على الوجوب ، نعم يجب عليه من باب النهي عن المنكر
 أو الأمر بالمعروف .

٤) لعدم دليل على الضمان .

ه) اذ المفروض ان الموصي جعل الوصاية للوصي في اطار وجود الناظر فلابد من وجود الناظر ولو بجعل من الحاكم الشرعي ويمكن تقريب المدعى بأن الموصي اراد امرين احدهما عمل الوصي ثانيهماكونه بنظرالناظر فمع موت الناظر يجب على الحاكم جعل ناظر آخر ، فلاحظ .

٦) ادعي عليه عدم الخلاف وتدل على المدعى جملة من النصوص: منها:

احاديث ابن مسكان وعبيد بن زرارة وبريد العجلي (* ١) .

ومنها: مارواه يونس، عن بعض اصحابه قال: قال علي بن الحسين عليهما السلام للرجل ان يغير وصيته فيعتق من كان أمر بملكه، ويملك من كان أمر بعتقه، ويعطى من كان حرمه، ويحرم من كان أعطاه مالم يمت (* ٢).

ومنها: مارواه سعيد بن يسار ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل دفع الى رجل مالا وقال: انما ادفعه اليك ليكون ذخراً لابنتي فلانة وفلانة ، ثم بداللشيخ بعد ما دفع اليه المال أن يأخذ منه خمسة وعشرين ومأة دينار فاشترى بها جارية لابن ابنه ، ثم ان الشيخ هلك فوقع بين الجاريتين وبين الغلام أو احداهمافقالت ويحك والله انك لتنكح جاريتك حراماً انما اشتراها ابونا لك من مالنا الذي دفعه الى فلان ، فاشترى منها هذه الجارية فانت تنكحها حراماً لايحل لك ، فامسك الفتى عن الجارية . فما ترى في ذلك ؟ فقال : أليس الرجل الذي دفع المال ابا الجاريتين وهو جد الغلام وهو اشترى به الجارية ؟ قلت : بلى ، قال : قل له : فليأت جاريته اذا كان الجد هو الذي اعطاه وهو الذي اخذه (*٣) .

ومنها: مارواه محمد بن مسلم ، عن أبسي عبدالله عليه السلام قال: المدبر من الثلث، وقال: للرجل أن يرجع في ثلثه انكان أوصى في صحة أو مرض(*٤) ومنها: ما رواه هشام بن الحكم قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل

يدبر مملوكه أله أن يرجع فيه ؟ قال : نعم هو بمنزلة الوصية (* ٥) . ومنها : مارواه معاوية بن عمار قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المدبر

١) لاحظ ص: ٣٣١

٢ و٣) الوسائل الباب ١٨ من أحكا الوصايا الحديث: ٢ و٥

٤) الوسائل الباب ١٩ من احكام الوصايا الحديث: ١

٥) نفس المصدر الحديث: ٣

من العقل والاختيار وغيرهما^{١١}واذا اوصىالىشخص ثم أوصى الى آخر ولم يخبر الوصى الاول بالعدول عنــه الى غيره فمات فعمل الوصى الاول بالوصية ثم علم كانت الغرامة على الميت تخرج من اصل التركة ثم يخرج الثلث للوصى الثاني (مدا اذا لم يكن العدول عن الاول لسبب ظاهر أما اذاكان لسبب ظاهركما اذاهاجر الوصى الاول الى بلاد بعيدةأوحدث بينه وبينالوصي عداوة ومقاطعة فعدل عنه كان ما صرفه الوصى الاول من مال نفسه^٣.

(مسألة ٢٤) : يتحقق الرجوع عن الوصية بالقول مثل أن يقول:

هذا على تقدير تحقق الغرور وأما مع عدم صدق الغرور فيشكل ما أفاده من كون الغرامة على الميت الا أن يقال ان تغريمه امر عقلائي ولو مع عدم صدق الغرور اذ هوالسبب في الاتلاف فيكون ضامناً .

٣) اذا كان الدليل على العدول امـراً ظاهراً عرفياً فالحق كما أفــاده لتمامية الحجة على الوصى الاول والا يشكل.

قال: هو بمنزلة الوصية يرجع فيما شاء منها (* ١).

١) اذ مع فقدان شرائط النصرف يكون اعتباره وانشائه لغوا ولا يترتبعليه الأثر المترقب.

لقاعدة الغرور فـان المغرور يرجع الى من غره والغرامة علـى الميت وتخرج من اصل التركة وبعد اخراجها تصل النوبة الى الوصية فتنفذ وصيته فى الثلث بعد اخراج الدين كما هو الميزان.

١) نفس المصدر. الحديث: ٤

كتاب الوصية في الوصى _______

رجعت عن وصيتى الى زيـد^{(۱} وبالفعل مثل أن يوصى بصرف ثلثه ثم يوصي بوقفه^{(۲} ومثل ان يوصي بوقف عين ثم يبيعها أويهبها ^{(۳}.

(مسألة ۲۵): لايعتبر في وجوب العمل بالوصية مرورمـــدة طويلة اوقصيرة فاذا اوصى ثم مات بلافصل وجب العمل بها وكذا اذا مات بعد مرور سنين^{(٤}نعم يعتبر عدم الرجوع عنها^{(٥} واذا شك في الرجوع بنىعلى عدمه^{(١}

(مسألة ٢٦) : اذا قــال : اذامت في هذا السفر فوصبي فلان ووصيتي كذا وكذا فاذا لم يمت في ذلك السفر ومات في غيره لــم يجب العمل بوصيته ولم يكن له وصى أمــا اذا كان الداعي له على انشاء الوصية خوف الموت في السفر الذي عزم عليه وجب العمل بوصيته وان لم يمت في ذلك السفر ولاجل ذلك يجب العمل بوصايا

١)كما هو ظاهر .

٢) اذ لايمكن الجمع بين الامرين فيكون الثاني ناسخاً للاول وتأسيساً
 للناني .

٣) فان البيع يعدم موضوع الوصية وكذا هبتهاكما هو ظاهر .

ه) فان الرجوع عن الوصية تبطلها .

٦) بمقتضى الاستصحاب.

الحجاج عند العزم على الحج ومثلهم زوارالرضا عليه السلام والمسافرون اسفاراً بعيدة فان الظاهران هؤلاء وامثالهم لم يقيدوا الوصية بالموت في ذلك السفر وانماكان الداعى على الوصية خوف الموت في ذلك السفر فيجب العمل بوصا ياهم مالم يتحقق الرجوع عنها(١).

(مسألة ۲۷): يجوز للوصى ان يأخذ اجرة مثل عمله اذاكان له اجرة الااذاكان اوصى اليه بأن يعمل مجاناً كمالوصرح الموصى بذلك اوكانت قرينة عليه فلايجوز له اخذ الاجرة حينئذ (٣ ويجب عليه العمل بالوصية ان كان قدقبل أما اذا لم يقبل ففى الوجوب الشكال والاقرب العدم هذا بالنسبة الى العمل الذي أوصى اليه فيه كالبيع والشراء واعطاء الديون و نحو ذلك من الاعمال التي هي موضوع ولايته أما لواوصى باعمال اخرى مثل أن يوصي الى زيد ان يحج

١) بدعوى ان الظاهر من الجملة المذكورة التقييد بخلاف الصورة الثانية وعلى جميع التقاديريكون المناط بالظهور العرفي فانه المتبع ومع الاجمال تصل النوبة الى الاصل العملي .

٢) لاحترام العمل فالامر به يوجب الضمان.

٣) اذ مع الوصية بهذا القيد يكون العمل مجاناً ولا تكون له اجرة .

٤) اذ المفروض انه قد قبل ان ينفذ الوصية مجانباً فيجب بمقتضى وجوب انفاذ الوصية .

ه) يمكن الاستدلال عليه بقاعدة لاضرر على مسلك القوم وأما على ماسلكناه

عنه او يصلى عنه او نحو ذلك لم يجب عليه القبول حتى لولم يعلم ذلك في حياة الموصي (واوقبل في حياته فان كان أوصى اليه بالعمل مجاناً مثل أن يحج فقبل لم يبعد جواز الرد بعد وفانه (واذا جعل له اجرة معينة بأن قال له: حج عني بماثة دينار كان اجارة ووجب العمل بها وله الاجرة اذاكان قد قبل في حياته (والالم يجب فولو

فيمكن أن يقال: بأنه خلاف المعهود من الشريعة.

و بعبارة اخرى : وجـوب القيام بعمل للغير بأمره مجاناً غير معهود من مذاق الشرع فلا يجب .

- ١) اما لقاعدة لاضرر وامالعدم معهودية مثله في الشريعة واما لانصرافدليل
 وجوب العمل بالوصية عن مثله .
 - ٧) لم يظهر وجهه اذ بعد القبول على ما هو عليه من المجانية لاوجه للرد .

ويمكن أن يقال: ان الوجه فيما أفاده انه لادليل على وجوب العمل بما أوصى به .

و بعبارة اخرى لادليل على وجوب العمل مجاناً غاية ما في الباب ان الوصي وعد بأن يعمل بالوصية ووجوب العمل بالوعد مورد الاشكال والكلام فلا يبعد جواز الردكما في المتن .

٣) اذ المفروض انه وقع المعاملة على العمل بهـذا النحو وليست الاجارة
 الا تمليك المنفعة في مقابل اجرة لكن هذا يتم فيما اتصل القبول بالوصية وأمـا
 مع الفصل فلا يكون اجارة .

الا أن يقال : انه لادليل على اشتراط الموالاة بين الايجاب والقبول فلو قبل الأجير قبل انصراف الموصي عن وصيته تصيراجارة صحيحة .

٤) بتقريب انه لامقتضي للوجوب اذ المفروض ان دليلالوصية لايشملالمقام

كان باجرة غير معينة عندهما بان قال له: حج عني باجرة المثل ولم تكن الاجرة معلومة عندهما فقبل في حياته لم يبعد ايضاً عدم وجوب العمل وجريان حكم الاجارة الفاسدة (ا ولوكان بطريق الجعالة لم يجب العمل (الكنه يستحق الاجرة على تقدير العمل لصدق الوصية حينئذ (الأرا).

(مسألة ٢٨): تثبت الوصية التمليكية بشهادة مسلمين عادلين (٤ و بشهادة مسلم عادل مع يمين الموصى له (٥ و بشهادة مسلم عادل مع

ومن ناحية اخرى لايمكن تصحيحه بكونه اجارة اذ المفروضان الموصي مات قبل قبول المؤجر ولا تصح الاجارة الا مع الايجاب من طرف والقبول من الطرف الاخر مع بقاء الشرائط في كليهما الى آخر العقد ، فعلى هذا لولم يقبل في حال الحياة لم يجب العمل بما أوصى بعد وفات الموصى .

- ١) الظاهر ان الوجه في الحكم بالفساد تحقق الغرر الموجب لفساد العقد .
 - ٢) لعدمما يقتضي الوجوب .
 - ٣) ومع صدق الوصية لو عمل بها يستحق الجعل .
- 3) اجماعاً بقسميه _ كما في الجواهر _ ويدل على المدعى قوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذواعدل منكم او آخر ان من غير كم ان انتم ضربتم في الأرض فاصابتكم مصيبة الموت تحبسو نهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله ان ارتبتم لانشتري به ثمناً ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله انا اذاً لمن الاثمين » (* 1) وصفوة القول انه لااشكال في قبول شهادة عدلين في الحقوق المالية .
- ه) لجملة من النصوص: منها: مارواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه

١) المائدة/١٠١

مسلمتين عادلتين كغيرها من الدعاوي المالية (أو تختص ايضاً بانها تثبت بشهادة النساء منفردات فيثبت ربعها بشهادة مسلمة عادلة ونصفها بشهادة مسلمتين عادلتين وثلاثة ارباعها بشهادة ثلاث مسلمات عادلات (أبلاحاجة الى اليميان في

السلام قال : كان رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم يجيز في الدين شهادةرجل واحد ويمين صاحب الدين ولم يجز في الهلال الا شاهد عدل (* ١).

ومنها : مارواه منصور بن حازم عن أبيعبدالله عليه السلام قال : كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقضي بشاهد واحد مع يمين صاحب الحق (* ٢) ومنها : مارواه حماد بن عثمان قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام : يقول كان علي عليه السلام يجيز في الدين شهادة رجل ويمين المدعي (* ٣) .

ومنها: ما رواه حماد بن عيسى قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: حدثني أبي عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه و آله وسلم قضى بشاهدو يمين (*٤)

۱) يمكن أن يستدل عليه بقوله تعالى « واستشهد واشهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداه » (* ٥) .

ويدل على المدعى أيضاً مارواه ابراهيم بن محمد الهمداني قال: كتب احمد بن هلال الى أبى الحسن عليه السلام: امرأة شهدت على وصية رجل لم يشهدها غيرها ، وفي الورثة من يصدقها ، ومنهم من يتهمها، فكتب: لاالا أن يكون رجل وامرأتان ، وليس بواجب ان تنفذ شهادتها (* ٦) .

٢) بلاخلاف بل اجماعاً _كما في الجواهر _ ويمكن الاستدلال عليه بجملة

١ و٢ و٣ و٤) الوسائل الباب ١٤ من أبواب كيفية الحكم البحديث : ١ و٢ و٣ و٠

٥) البقرة/ ٢٨٢

٦) الوسائل الباب ٢٢ من أحكام الوصايا الحديث : ٨

شهادتهن (۱ أما الوصية العهدية وهي الوصاية بالولاية فلانثبت الابشهادة مسلمين عادلين (۲.

(مسألة ٢٩): تثبت الوصية التمليكية والعهدية بشهادة ذميين عدلين في دينهما عند عدم عدول المسلمين ".

من النصوص: منها ما رواه ربعيعن ابيعبدالله عليه السلام في شهادة امرأة حضرت رجلا يوصي ليس معها رجل فقال: يجاز ربع ما أوصى بحساب شهادتها (*١).

فانه يستفاد من هذه الرواية انه يثبت ربع مورد الوصية بشهادة امر ثة واحدة ولازمه ثبوت النصف بامر ئتين و ثبوت ثلاثة ارباع بشهادة ثلاث نسوة و ثبوت الجميع بشهادة الاربع ، فلاحظ .

- ١) لاطلاق النصوص .
- ٢)كما هـو مفتضى الأصل الاولي وعـن كتاب المسالك ومحكي غيره نفي
 الخلاف فه .
- ٣) ادعي عـدم الخلاف في الجملة على قبول شهادة الكافر في الوصيـة. ويمكن الاستدلال على المدعى بقوله تعالى (* ٢) وتدل على المدعى ايضاً جملة من النصوص ، منها : مارواه ضريس الكناسي قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن شهادة اهل الملل هل تجوز على رجل مسلم من غير اهل ملتهم ؟ فقال : لاالا أن لايوجد في تلك الحال غيرهم ، وان لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم في الوصية لانه لا يصلح ذهاب حق امر مسلم ولا تبطل وصيته (* ٣).

ومنها : مارواه ابو الصباح الكناني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته

١) الوسائل الباب ٢٢ من أحكام الوصايا الحديث : ١

٢) لاحظ ص: ٤٢٢

٣) الوسائل الباب ٢٠ من احكام الوصايا الحديث : ١

(مسألة ٣٠): تثبت الوصية التمليكية باقرار الورثة جميعهم اذاكانوا عقلاء بالغين وان لم يكونوا عدولاً واذا اقربعضهم دون

عن قول الله عزوجل: «يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر احدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخر ان من غيركم» قلت: ما آخر ان من غيركم ؟ قال: هما كافران قلت: ذوا عدل منكم. قال: مسلمان (1*).

ومنها : مارواه الحلبي ومحمد بن مسلم ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته هل تجوز شهادة اهل ملة من غير اهل ملتهم ؟ قال : نعم اذا لم يوجد من اهل ملتهم جازت شهادة غيرهم انه لايصلح ذهاب حق احد (* ٢).

۱) الاية الكريمة وانكانت مطلقة وكذلك عدة من النصوص لكن لابد من رفع اليد عن اطلاقهما بما رواه حمزة بن حمران ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن قول الله عزوجل : « ذوا عدل منكم أو آخر ان من غيركم » قال: فقال اللذان منكم مسلمان واللذان من غيركم من اهل الكتاب ، فقال : اذا مات الرجل المسلم بارض غربة فطلب رجلين مسلمين يشهدهما على وصيته فلم يجدمسلمين فليشهد على وصيته رجلين ذميين من اهل الكتاب مرضيين عند اصحابهما (* ٣).

لكن السند مخدوش بحمزة بن حمران حيث انه لم يوثق: الا أن يقال بأن التقييد اجماعي كما في الجواهر فبالاجماع يقيد اطلاق الاية والنصوص ويختص الحكم بخصوص الذمي، والله العالم.

٢) لنقوذ الاقرار ، روى جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي صلى

١) الوسائل الباب ٢٠ من أحكام الوصايا الحديث: ٢

٢) نفس المصدر الحديث: ٣

٣) نفس المصدر الحديث: ٧

بعض تثبت بالنسبة الى حصة المقردون المنكر (أنعم اذا اقرمنهم اثنان وكاناعدلين تثبت الوصية بتمامها (أواذاكان عدلا واحداً تثبت المضاً مع بمين الموصى له وتثبت الوصية العهدية باقرار الورثة جميعهم واذا اقر بعضهم ثبت بعض الموصى به على نسبة حصة المقروينقص من حقه نعم اذا اقراثنان عدلان منهم ثبتت (٣.

فصل في منجزات المريض

(مسألة 1): اذا تصرف المريض في مرض الموت تصرفاً منجزاً فان لم يكن مشتملا على المحاباة كما اذاباع بثمن المثل او آجرباجرة المثل فلا اشكال في صحته ولزوم العمل به (الموا كان مشتملا على نوع من المحاباة والعطاء المجاني كما اذا أعنق أوأبرأ اووهب هبة مجانية غير معوضة اومعوضة باقل من القيمة أوباع باقل

الله عليه وآله وسلم انه قال: اقرار العقلاء على انفسهم جايز (* ١) وجواز الاقرار ونفوذه من الواضحات.

لتحقق الموضوع بهذا المقدار .

٧) لتحقق الشهادة المعتبرة على الفرض.

٣)كما مر، ومما ذكرنا يتضح ما أفاده بتمامه ، فلاحظ .

٤) للاطلاقات والعمومات الأولية الدالـة على الصحة بـلا وجود معارض
 مضافاً الى عدم الخلاف فيه ظاهراً .

١) الوسائل الباب ٣ من الاقرار الحديث : ٢

من ثمن المثل او آجر باقل من اجرة المثل او نحو ذلك مما يستوجب نقصاً في ماله فالظاهر انه نافذكنصرفه في حال الصحة والقول بأنه يخرج من الثلث فاذا زاد عليه لم ينفذ الاباجازة الوارث ضعيف (اواذا اقربعين أودين لوارث أولغيره فان كان المقر مأموناً ومصدقاً في نفسه نفذ الاقرار من الاصل وان كان متهماً

1) يقع الكلام في هذه المسئلة في مقامين: المقام الأول: فيما تقتضيه القواعد الأولية والمقام الثاني فيما تقتضيه النصوص الخاصة. أما المقام الأول: فنقول لااشكال في أنمقتضى القواعد الاولية نفوذ التصرف وصحته فانه مادام لم يقم دليل علمى التخصيص أو التقييد يكون عموم العمومات واطلاق المطلقات محكماً ومرجعاً.

وأما المقام الثاني: فعمدة ما قيل في مقام الاستدلال على المدعى أو يمكن أن يقال جملة من النصوص: منها: مارواه سماعة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن عطية الوالد لولده فقال: أما اذا كان صحيحاً فهو ماله يصنع به ماشاء وأما في مرضه فلايصلح (* 1).

والمستفادمن هذه الرواية كماترى انعطية الوالدللولد انكانت في حال المرض لا يكون صالحاً وان كان في حال الصحة يكون صالحاً ومن الظاهر ان مفاد الرواية لا يكون طلمة المقام ان منجزات المريض في مرضموته لا تكون صحيحة و بعبارة اخرى: مفاد الرواية اجنبى عما نحن بصدده.

ومنها : مارواه جراح المدائني قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن عطية الوالــد لولده يبينة قال : اذا اعطاه في صحته جاز (* ۲) وهــذه الرواية ضعيفة

١ و٢) الوسائل الباب ١٧ من احكام الوصايا الحديث : ١١ و١٤

بجراح .

ومنها : مارواه الحلبي ، قال : سئل أبوعبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الصداق اوبعضه فتبرئه منه في مرضها فقال : لا (* ١) .

والمستفاد من هذه الرواية كالرواية السابقة اجنبي عن المقام اذ المستفاد منها ان ابراء الصداق الثابت في ذمة الزوج في حال المرض لايصح ومن الظاهر انه لاير تبط بما نحن فيه .

ومنها : مارواه سماعة قال : سألته وذكر مثله وزاد : ولكنها ان وهبت لهجاز ما وهبت له من ثلثها (* ٢) والكلام فيه هو الكلام .

مضافاً الى أن المستفاد من الحديث ان ابراء مافي الذمة ليس صحيحاً ولكن هبتها، تكون صحيحة والحال انه يمكن أن يقال كما في بعض الكلمات انه خلاف الاجماع حيث ان ابراء ما في الذمة صحيح دون هبته فالأمر بالعكس.

ومنها: مارواه عقبة بن خالد ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل حضره الموت فاعتق مملوكاً له ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك ، كيف القضاء فيه ؟ قال: ما يعتق منه الاثلثه (* ٣) وهذه الروايـة ضعيفة بمحمد بن عبدالله بن هلال .

ومنها: ما رواه علي بسن عقبة: عسن أبي عبدالله عليه السلام في رجل حضره الموت فاعتق مملوكاً لسه ليس له غيره، فأبى الورثة ان يجيزوا ذلك، كيف القضاء فيه؟ قال: ما يعتق منه الاثلثه، وسايرذلك الورثة احق بذلك، ولهم ما بقى (* ٤) وهذء الرواية ضعيفة بضعف اسناد الشيخ الى على بن حسن بسن

١ و٧ و٣) نفس المصدر الحديث : ١٥ و١٦ و١٣

٤) الوسائل الباب ١١ من أحكام الوصايا الحديث : ٤

الفضال.

ومنها: ما رواه أبو بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ان اعتق رجل عند موتهخادماً له ثم اوصى بوصية اخرى اعتقت الخادممن ثلثه ، والغيت الوصية الا أن يفضل من الثلث ما يبلخ الوصية (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بالبطائني .

ومنها: مارواه أبو ولاد قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرئه منه في مرضها قال: بل تهبه له فتجوز هبتها له ويحسب ذلك من ثلثها انكانت تركت شيئاً (*٢) وهذه الرواية ضعيفة بضعف اسنادالشيخ الى على بن حسن بن الفضال.

ومنها: ما رواه محمد بـن مسلم (* ٣) بتقريب ان المستفاد من الرواية ان مجموع ما اوصى مع العتق اكثر من الثلث وفيه: انه لادليل عليه بل لايبعد أن يرجع الضمير الى خصوص ما اوصى بل على ما قيل استدل بعض بهذه الرواية على القول الاخر، فلاحظ.

ومنها: ما رواه محمد بن مسلم (* ٤) والكلام فيه هو الكلام ، بل دلالةهذه الرواية على القول الاخر اظهر مضافاً الى الاشكال في السند .

ومنها: ما رواه الحسن بن الجهم قال: سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول في رجل اعتق مملوكاً وقد حضره الموت واشهد له بذلك وقيمته ستمأة درهم، وعليه دين ثلاثمأة درهم ولم يترك شيئاً غيره، قال: يعتق منه سدسه لأنه انما لهمن ثلاثمأة درهم وله من الجميع « ويقضى عنه ثلاثمأة درهم وله من الثلاثماة

١) الوسائل الباب ٦٧ من أحكام الوصايا الحديث: ٣

٢) الوسائل الباب ١١ من احكام الوصايا الحديث: ١

٣) لاحظ ص: ٣٥٩

٤) لاحظ ص: ٣٥٩

درهم وله من الثلاثمأة ثلثها . خكا» (* ١).

وفيه: انه لم يفرض المرض في الرواية مضافاً الى ما نقل عن المسالك بأن الرواية واردة في العتق ويمكن أن يكون الحكم خاصاً به ولا وجه لقياس غيــر المقام عليه اضف الى ذلك كله ان الرواية معارضة مع مادل على صحة عتقه.

ومنها : ما رواه عبدالرحمن بن الحجاج ، قال سئلني أبو عبدالله عليهالسلام هل يختلف ابن ابي ليلي وابن شبرمــة ؟ فقلت : بلغني انه مات مولى لعيسي بن موسى فترك عليه دينا كثيراً ، وتسرك مماليك يحيط دينه بأثمانهم ، فاعتقهم عند الموت فسألهما عيسي بن موسى عن ذلك فقال ابن شبرمة أرى ان تستسعيهم في قيمتهم فتدفعها الى الغرماء فانه قـد أعتقهم عند موته ، فقال ابن أبي ليلي : ارى ان ابيعهم وادفع اثمانهم الى الغرماء ، فانه ليس له أن يعتقهم عند موته ، وعليه دين يحيط بهم ، وهذا اهل الحجاز اليوم يعتق الرجل عبده وعليه دين كثير فبلا يجيزون عتقــه اذا كان عليه دين كثير ، فرفع ابن شبرمة يده السي السماء وقال: سبحان الله يا ابن أبي ليليمني قلت بهذا القول؟ والله ما قلته الاطلب خلافي فقال أبو عبدالله عليه السلام: فعن رأى ايهما صدر ؟ قال: قلت بلغني انه اخذ برأي ابن أبي ليلي ، وكان له في ذلك هوى فباعهم وقضى دينه ، فقال : فمع ايهما من قبلكم ؟ قلت له : مع ابن شبرمة ، وقد رجع ابن أبي ليلي الى رأى ابن شبرمة بعد ذلك ، فقال: أما والله ان الحق لفي الذي قال ابن أبي ليلي، وانكان قدرجـع عنه ، فقلت له : هذا ينكسر عندهم في القياس ، فقال : هات قايسني ، قلت : أنا اقايسك ، فقال : لتقولن باشد ما تدخل فيه منالقياس، فقلت له : رجل ترك عبدًا لم يترك مالا غيره وقيمةالعبد ستمأة درهم ودينه خمسمأة درهم، فاهمنه عند الموت كيف يصنع ؟ قــال : يباع العبد فيأخذ الغرمــاء خمسمأة درهم ويأخذ الورثة

١) الوسائل الباب ٣٩ من احكام الوصايا الحديث : ٤

مأة درهم ، فقلت : أليس قد بقي عن قيمة العبد مأة درهم عن دينه ؟ فقال : بلى ، قلت : أليس قد أوصى قلت : أليس للرجل ثلثه يصنع به ما شاء ؟ قال : بلى ، قلت : أليس قد أوصى للعبد فالثلث من المأة حين اعتقه ؟ قال : ان العبد لاوصية له انما ماله لمواليه ، فقلت له : فان كان قيمة العبد ستمأة درهم ودينه اربعمأة فقال : كذلك يباع العبد فيأخذ الغرماء اربعمأة درهم ويأخذ الورثة مأتين ولا يكون للعبد شبىء ، قلت : فأن قيمة العبد ستمأة درهم ودينه ثلاثمأة درهم فضحك، فقال: من ههنااتى اصحابك فان قيمة العبد ستمأة درهم ودينه ثلاثمأة درهم فضحك، فقال: من ههنااتى اصحابك جعلو االاشياء شيئاً واحداً ولم يعلموا السنة ، اذا استوى مال الغرماء ومال الورثة أوكان مال الورثة أكثر من مال الغرماء لم يتهم الرجل على وصيته، واجيزت الوصية على وجهها فالان يوقف هذا ، فيكون نصفه للغرماء ويكون ثلثه للورثة ويكون له السدس (* 1) .

وهذه الرواية لم يفرض فيه المرض للمعتق وانما فرض كون المعتق مديوناً فلاير تبط بالمقام ويمكن أن يكون الحكم الوارد في الرواية حكماً خاصاً للموضوع الخاص.

ومنها: مارواه جميل بن دراج عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل اعتق مملوكه عند موته وعليه دين ، فقال: ان كان قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه والالم يجز (* ٢) ومن الظاهر انه لايرتبط مفاد الحديث بما نحن بصدده.

وربما يستدل على المدعى بالنصوص الدالة على أن للانسان عند موته ثلث ماله منها : مارواه معاوية بن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام قال : كان البراء بن معرورالانصاري بالمدينة، وكان رسول الله صلى الله عليه وآله بمكة ، وانه حضره الموت وكان رسول الله عليه وآله والمسلمون يصلون الى بيت المقدس

١) نفس المصدر الحديث: ٥

٢) نفس المصدر الحديث: ٦

فأوصى البراء بن معرور اذا دفن أن يجعل وجهه تلقاء النبي صلى الله عليه و آله الى القبلة ، وأوصى بثلث ماله فجرت به السنة (* ١).

ومنها: مارواه أبو بصير قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن الرجل يموت ماله ؟ فقال: له ثلث ماله وللمرأة أيضاً (* ٢).

ومنها: مارواه مرازم، عن بعض اصحابنا ، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يعطى الشيىء من ماله في مرضه قال: ان ابان به فهو جائز وان أوصى بـــه فهو من الثلث (*٣).

بتقريب انه لايجوز تصرفه الا في هذا المقدار ويرد عليه: ان المراد من تلك النصوص الوصية بالثلث والا فلا اشكال في ان الشخص مادام حياً يكون ماله بتمامه له اضف الى ذلك ان هذه الطائفة معارضة بمادل على أن الانسان يمكنه النصرف في ماله مادام حياً.

الا أن يقال: انه لاتعارض بين الجانبين اذ يمكن أن يقال: ان الاخبار الدالة على أن للانسان ماله الى زمان الموت يقيد بما دل على التقييد.

وممايمكن أن يستدل به على المدعى النصوص الدالة على عدم جواز الاضرار بالوارث وعدم جواز الجور في الوصية: منها ما رواه السكونى ، عن جعفربن محمد ، عن ابيه عليهما السلام قال: قال علي عليه السلام: ما ابالي اضررت بولدي اوسرقتهم ذلك المال (* ٤) .

ومنها: ما رواه السكوني ايضاً عن جعفر بن محمد عن ابيه عليهما السلام قال: قال علي عليه السلام من أوصى ولم يحف ولم يضار كان كمن تصدق به في حياته (* ٥) .

١ و٢ و٣) الوسائل الباب ١٠ من احكام الوصايا الحديث : ١ و٢ و٤
 ٤ و٥) الوسائل الباب ٥ من احكام الوصايا الحديث : ١ و٢

ومنها: ما رواه محمد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال: قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل توفى وأوصى بماله كله أو اكثره، فقال له: الوصية ترد الى المعروف غير المنكر ، فمن ظلم نفسه واتى في وصيته المنكر والحيف فانها ترد الى المعروف ، ويترك لأهل الميراث ميرائهم الحديث (%1).

ومنها: ما رواه مسعدة بن صدقة ، عن جعفر بن محمدعن ابيه عليهما السلام قال: من عدل في وصيته كان كمن تصدق بها في حياته ، ومن جار في وصيته لقى الله عزوجل بوم القيامة وهو عنه معرض (* ٢).

ومنها: مارواه العياشي (في تفسيره) عن السكوني، عن جعفر بن محمد، عن ابيه عن عليه عليه عن الكبائر (٣٣). عن الله عليه من الكبائر (٣٣). بتقريب ان المستفاد من هذه النصوص ان التصرف في أزيد من الثلث يتوقف على اذن الوارث.

وفيه ان هذا الحكم خاص بالوصية والا يلزم القول بعدم جواز التصرفحتى في حال الصحة ، وهو كما تسرى وبعبارة اخرى هذه حكمة لجعل الوصية نافذة في خصوص الثلث .

ولكن معذلك كله في النفس شيىء اذ لايبعد أن يفهم من عنوان المرض في جملة من النصوص مرض الموت فلا يتوجه ما ذكرناه من الاشكال حيث قلنا ان مفاد تلك النصوص اجنبي عن المقام اللهم الا أن يستدل على جواز التصرف على نحو الاطلاق بالسيرة الخارجية من غير نكير من المتشرعة اذ لولا صحة التصرف الواقع في مرض الموت كيف يمكن جريان السيرة عليه وطريق الاحتياط ظاهر والله العالم بحقائق الامور وعليه التوكل والتكلان.

١) الوسائل الباب ٨ من احكام الوصايا الحديث : ١

۲ و٣) نفس المصدر الحديث: ۲ وه

1) الظاهر ان الماتن ناظر الى ان الجمع بين النصوص يقتضي التفصيل المذكور فان المستفاد منجملة من النصوص نفوذ الاقرار مع عدم التهمة وعدم نفوذها معها لاحظ ما رواه العلا بياع السابري قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امراة استودعت رجلامالا فلماحضرها الموت قالت له: ان المال الذي دفعته اليك لفلانة وماتت المرأة فأتى اولياؤها الرجل فقالوا: انه كان لصاحبتنا مالولا نراه الا عندك فاحلف لنا مالها قبلك شيىء أفيحلف لهم ؟ فقال: ان كانت مأمونة عنده فيحلف لهم ، وان كانت متهمة فلا يحلف ، ويضع الأمر على ما كان ، فانما لها من مالها ثلثه (*۱) .

ولاحظ ما رواه أبو ايوب، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل أوصى لبعض ورثته ان له عليه دينا ، فقال : ان كان الميت مرضياً فاعطه الذي أوصى له (* ٢) ولاحظ مكاتبة محمد بن عبدالجبار (*٣) بتقريب ان الدين لولم يكن معروفاً معلوماً لم يكن الاقرار مؤثراً للتهمة .

ولاحظ مارواه الحلبي، قال: سئل أبوعبدالله عليه السلام عن رجل اقرلوارث بدين في مرضه أيجوز ذلك؟ قال: نعم اذا كان ملياً (* ٤) بناء علمى ان الملائة طريق الى رفع التهمة ونقل عن الصحاح انه ملؤ الرجل صار ملياً اى ثقة .

ولاحظ مارواه منصور بن حازم قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عنرجل

کان متهما^{(۱}.

١ و٢) الوسائل الباب ١٦ من احكام الوصايا الحديث : ٢ و٨

٣) لاحظ ص: ٣٧٤

٤) الوسائل الباب ١٦ من احكام الوصايا الحديث : ٧

(مسألة ٢): اذا قال : هذا وقف بعد وفاتى اونحو ذلك مما يتضمن تعليق الايقاع على الوفاة فهوباطل لايصح وان اجاز الورثة (١ فالانشاء المعلق على الوفاة انمايصح في مقامين الشاء الملك وهي الوصية

اوصى لبعض ورثته ان له عليه دينا، فقال : ان كان الميت مرضياً فاعطه الذي أوصى له (* ١).

ولاحظ ما رواه الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : الرجل يقر لوارث بدين ، فقال : يجوز اذا كان ملياً (* ٢) .

ولاحظ مارواه أبو بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن رجل معه مال مضاربة فمات وعليه دين ، وأوصى ان هــذا الذي ترك لأهل المضاربة ، أيجوز ذلك ؟ قال : نعم اذا كان مصدقاً (* ٣).

ومقتضى الجمع بين هذه الطائفة وبقية الطوائف التفصيل بأن يقال: ان كان الاقرار في حال المرض اي مرض المسوت وكان بمقدار الثلث ينفذ والالا ينفذ ، هذا فيما يكون المقر غير مصدق في قوله والا يحسب من الأصل فان الجمع بين النصوص يقتضي التفصيل المذكور .

لاحظ حديث بياع السابري (*٤)حيث يدل على ان الاقرار مع التهمة لا يؤثر الافي الثلث وبهذه الرواية يقيد مادل على عدم النفوذ على الاطلاق في حال التهمة وأما التقييد بالمرض المقيد بمرض الموت فيلا يبعد ان الوجه فيه قيام الاجماع القطعي على نفوذ الاقرار في حال الصحة وحال المرض غيرمرض الموت ، والله العالم .

١) للتعليق .

١ و٧ و٣) نفس المصدر الحديث : ١ و٥ و١٤

٤) لاحظ ص : ٤٣٤

التمليكية وانشاء العتق وهو التدبير (الولايصح في غيرهما من انواع الانشاء فاذا قال: بعت او آجرت اوصالحت او قفت بعد وفاتي بطل ولا يجري عليه حكم الوصية بالبيع اوالوقف مثلا بحيث يجب على الورثة ان يبيعوا او يوقفوا بعد وفاته (۱ الا اذافهم من كلامه انه يريد الوصية بالبيع اوالوقف فحيئذ كانت وصيته صحيحة ووجب العمل بها (القصل نعسم اذا قال للمدين ابرأت ذمتك بعد وفاتي واجازه الوارث بعد موته برثت ذمه المدين فان اجازة الابراء بنفسها تنازل من قبل الورثة عن حقهم وابراء لذمة المدين (المدين).

كتاب الوقف

وهو تحبيس الاصل وتسبيل الثمرة^{(ه}.

١)كما هو ظاهر واضح .

٢) فانه لامقتضى للصحة .

٣) لنفوذ الوصية ووجوب العمل بها .

٤) الظاهر ان ما أفاده تام .

ه) قال المحقق قدس سره: « الوقف عقد ثمر ته تجيس الأصل واطلاق المنفعة وقد ذكر هذا المضمون في بعض النصوص منها مارواه ابن أبي جمهور في عوالي اللالي عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال حبس الأصل وسبل الثمرة (*١) وفي درر اللالي عنه صلى الله عليه وآله انه قال ان شئت حبست اصله وسبلت ثمر تها (*٢)

١ و٢) مستدرك الوسائل الباب ٢ من أبواب الوقف الحديث : ١ و٢

(مسألة ۱): لا يكفي في تحققه مجرد النية بل لابد من مظهر لها مثل وقفت وحبست و نحوهما مما يدل على المقصود (والظاهر وقوعه بالمعاطاة مثل أن يعطى الى قيم المشهد آلات الاسراج أو يعطيه الفراش أو نحو ذلك (أبل ربما يقع بالفعل بلامعاطاة مثل أن يعمر الجدار أو الاسطوانة الخربة من المسجد أو نحو ذلك (أفانه اذامات من دون اجراء صيغة الوقف لا يرجع ميراثا الى ورثنه (أ

(مسألة ٢): الوقف تارة يكون له موقوف عليه يقصد عود المنفعة اليه و تارة لا يكون كذلك و الثاني وقف المسجد فان الواقف لم يلحظ في الوقف منفعة خاصة و انما لاحظ مجرد حفظ العنو ان الخاص وهو عنوان المسجدية وهذا القسم لا يكون له موقوف عليه (٥)

ولا اشكال في أن قوام الوقف بكون الموقوف محبوساً وممنوعاً عن الحركة وبهذا الاعتبار يسمى الوقف وقفاً وعلى الجملة لااشكال فيما أفاده وقد أجادالما تن حيث قال: « وهو تجيس الأصل » ولم يقل هوعقد اذ لو كان عقداً يلزم فيه القبول والحال ان الوقف لايشترط فيه القبول كما يصرح به فيما بعد .

١) فان الوقف من الامور الانشائية ولابد فيها من ابرازها بمبرز .

٢) اذ يصدق العنوان بالمعاطاة ولا دليل على اشتراط الانشاء باللفظ .

٣) بعين التقريب ووحدة الملاك فلاحظ .

إذ بعد تمامية الوقف لامجال للانتقال الى الورثة بالأرث فان المفروض
 خروج العين عن ملك المورث فلا موضوع للارثكما هو ظاهر .

ه) ربما يقال: ان المسجد خارجءن عنوان الوقف ومصداق للتحرير ولكن

الظاهرانه لادليل عليه فالحق انه نوع من الوقف في مقابل بقية الوقوف فكما أفاد الماتن تارة يكون للوقف موقوف عليه وفي هذه الصورة لايتحقق عنوان المسجدية فالمسجد وقف بلا موقوف عليه .

وان شئت قلت: لااشكال في أن المستفاد من الأدلة الشرعية ان الشارع الأقدس جعل احكاماً خاصة للمسجد ويلاحظ عنو ان المسجد موضوعاً للأحكام الخاصة ويتحقق هذا العنوان بتعلق انشائه مع اجتماع الشرائط بمكان فالنتيجة انه لو قصد الواقف ذلك الموضوع الذي تترتب عليه أحكام خاصة في الشريعة يتحقق عنوان المسجد وتترتب عليه تلك الأحكام ولا يكون له موقوف عليه فانقدح مما تقدم ان المسجد داخل في الوقوف ولكن لاينافي كونه تحريراً والظاهران المرادمن التحرير اطلاقه وعدم كونه ملكاً لأحد وعلى الجملة الوقف اذاكان له موقوف عليه لايكون محرراً بلمقيداً بكونه مملوكا وبعبارة اخرى: قبل الوقف يكون ملكا للواقف وبعدالوقف يصير ملكا للموقوف عليه وأما المسجد حيث انه لايكون ملكا للموقوف عليه لعدمه لايكون مقيداً بل يكون حراً فقبل الوقف يكون ملكا للموقوف عليه لعدمه لايكون مقيداً بل يكون حراً فقبل الوقف يكون ملكاللواقف وبالوقف يصير محرراً

١) الأمركما أفاده فان الموقوف في هذه الصورة لايكون مسجداً بل يكون

الاول: أن يلحظ عودالمنفعة الى الموقوف عليهم بصيرورتها ملكالهم كما اذا قال: هذا المكان وقف على اولادي على أن تكون منافعه لهم أو هذا البستان وقف على اولادي على أن تكون ثمرتها لهم فتكون المنافع والثمرة ملكالهم كسائر أملاكهم تجوز المعاوضة منهم عليها ويرثها وارثهم وتضمن لهم عند طروء سبب الضمان وتجب الزكاة على كل واحد منهم عند بلوغ حصته النصاب (االثاني أن تلحظ المنافع مصروفة عليهم من دون تمليك فلا تجوز المعاوضة من احدالموقوف عليهم على حصته ولا تجب فيها الزكاة وان بلغت النصاب ولايرثها وارث الموقوف عليه اذا مات قبل أن تصرف المنفعة عليه و تضمن

موقوفاً علـــى المصلين وتكون المنفعة راجعة اليهم ولذا لايكون تحريراً بل يكون ملكاً وهذا القسم له اقسام .

١) والسيرة جارية عليه بلا ردع من الشارع بل اطلاق قوله عليه السلام في بعض النصوص: منها ما رواه محمد بن الحسن الصفار أنه كتب الى أبي محمد الحسن بن علي عليهما السلام في الوقف وما روي فيه « الوقوف وما روي فيها » عن آبائه عليهم السلام فوقع عليه السلام: الوقوف تكون على حسب ما يوقفها أهلها انشاء الله (* ١).

ومنها: ما رواه محمد بن يحيى قال: كتب بعض اصحابنا الى أبي محمد عليه السلام في الوقوف على حسب ما يقفها اهلها انشاء الله (٣٣) ، يشمل المقام وبعد تحقق الملكية تترتب عليها أحكامها كما في المتن.

١ و٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب الوقوف الحديث : ١ و٢

المنفعة بطروء سبب الضمان وهذا القسم على نوعين: الاول أن يلحظ فيه صرف شخص المنفعة كما اذاقال: هذه الشجرة وقف على اولادى بأكاون ثمرتها وفي مثله لايجوز للولي تبديلها والمعاوضة عليها بل يصرف نفس الثمرة عليهم لياكاوها الثاني : أن لايلحظ فيه صرف البستان وقف على اولادي تصرف منفعتها عليهم سواء أكان بتبديلها الى عين أخرى بأن يبدل الولى الثمرة بالحنطة أوالدقيق أوالدراهم أويبذل نفسهالهم(١القسم الثالث: أن يلاحظ الواقف انتفاع الموقوف عليهم مباشرة باستيفاءالمنفعة بأنفسهم مثل وقف خانات المسافرين والرباطات والمدارس وكتب العلم والادعية ونحوها وهذا القسم كما لاتجوزالمعاوضة على منافعه لامن الموقوف عليهم ولامن الولى لاتوارث فيه (٢ والظاهر ثبوت الضمان فيــه ايضاً اذا غصب المنفعة غاصب كالاقسام السابقة "تعم الظاهر عدم الضمان في مثل المساجد

١) كما هـو مقتضى اطلاق كون الوقف على حسب جعل الواقف فانه تابع لجعله فاذاوقفه على أن يصرف نفعه في الموقوف عليه بلا تغيير يجب وأما اذاجعل الاعم يجوز الصرف على ذلك النحو.

٢) كما عليه السيرة الخارجية المستمره وفي جميع هذه الأفسام يكون الوقف ملكا للموقوف عليه غاية الأمر تارة يكون الوقف خاصاً واخرى عاماً وبعبارة اخرى ان العين الموقوفة مملوكة للموقوف عليه وتتصور الأقسام المذكورة في المتن بالنسبة الى منفعة الوقف .

٣) اذ المفروضعدم كون التالف من المباحات الأصلية فيكون المتلفضامناً

كتاب الوقف ______كتاب الوقف _____

التي يكون الوقف فيها تحريراً^{(١}.

ويمكن أن يقال: ان المنفعة في هذه الموارد ملك للجهة الخاصة .

١) والوجه فيــه انه لامالك للعين في المسجد فــلا موضوع للضمان وبعبارة اخرى الضمان يترتب على تلف المملوك والمفروض ان المساجد غير مملو كةفلا موضوع للضمان فيها .

۲) قد تقدم في أول الكتاب بأنه لادليل على اشتراط القبول في الوقف بــل مقتضى اطلاق النصوص عدم الاشتراط وبعبارة اخرى: الوقف بماله من المفهوم يصدق ولو مع عدم القبول مضافاً الى السيرة الجارية الخارجية حيث لايراعى فيه القبول وربما يستدل باعتبار القبول فيه بوجوه:

الوجه الاول ان الوقف عقد ويشترط في العقد الايجاب والقبول. وفيه انه مصادرة والدليل عين المدعى .

الوجه الثاني: انه ادخال في الملك وكيف يمكن ادخال عين في ملك احد بلا قبوله ورضاه . وفيه اولا: النقض بالطبقات اللاحقة في الوقف الخاص اذ لم ينقل فيه اشتراط القبول منهم وأيضاً ينقض بالارث وثانياً: انه لو دل الدليل نلتزم به ولا محذور فيه وقد تقدم ان السيرة الخارجية جارية على الوقف بلا رعاية اشتراط القبول اضف الى ذلك النصوص الدالة على أوقاف الائمة عليهم السلام .

منها: مارواه عجلان أبو صالح قال: أملى أبو عبدالله عليه السلام بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به فلان بن فلان وهو حي سوي بداره التي في بني فلان بحدودها صدقة لاتباع ولاتوهب حتى يرثها وارث السماوات والارضوانه

وان کان احوط^{(۱}

قد أسكن صدقته هـذه فلاناً وعقبه فاذا انقرضوا فهى على ذي الحاجة مـن المسلمين (* ۱) ·

ومنها: ما رواه ربعي بن عبدالله عن أبي عبدالله عليه السلام قال تصدق أمير المؤمنين عليه السلام بدارله في المدينة في بني زريق فكتب بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما تصدق به علي بن ابيطالب وهوحي سوي تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لاتباع ولاتوهب حتى يرثها الله الذي يرث السماوات والارض وأسكن هذه الصدقة خالاته ما عشن وعاش عقبهن فاذا انقرضوا فهي لذي الحاجة من المسلمين (*۲).

ومنها: ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج قال: بعث الي بهذه الوصية أبو ابراهيم عليه السلام: هذا ما أوصى به وقضى في ماله عبدالله على ابتغاء وجه الله ليولجني به الجنة ويصرفنى به عن النارويصرف النار عني يوم تبيض وجوه وتسود وجوه: ان ماكان لي من مال بينبع «من مال» يعرف لي فيها وماحولها صدقة ورقيقها غير أبي رياح وأبي نيزر وجبير عتقاء ليس لاحد عليهم سبيل فهم موالي يعملون في المال خمس حجج ومنه « وفيه » نفقتهم ورزقهم ورزق اهاليهم ومع ذلك ماكان لي في بوادى القرى كله مال بني فاطمة ورقيقها صدقة الى آخر الحديث (هم فانه لا تكون في هذه النصوص دلالة على القبول .

الوجه الثالث : ان مقتضى الأصل عدم خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف وفيه انه لامجال للأصل مع وجود الدليل .

١) لااشكال في أنه أحوط كما أنه لااشكال في حسنه سيما مع وجود القائل به

٢١) الوسائل الباب ٦ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ٣ و٤

٣) الوسائل الباب. ١٠ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ٤

ولاسيما في الوقف بلحاظ ملك المنفعة ''سواءكان عاماً مثل الوقف على العلماء أم خاصاً مثل الوقف على العلماء أم خاصاً مثل الوقف على الولاده'' فيقبل في الاول الحاكم الشرعي'" وفي الثاني الموقوف عليهم من الطبقة الاولى''.

(مسألة ٤): الاظهر عدم اعتبار القربة في صحة الوقف °.

كما عبر في عبارة المحقق بالعقد فلاحظ .

- 1) لا يبعد أن يكون الوجه في الخصوصية انه لولم تلحظ فيه ملكية المنفعة للموقوف عليه لا يكون الوقف ادخالا لشبىء في ملك الغير وأما مع هذا اللحاظ يكون من مصاديق الادخال في ملك الغير فكيف يمكن تحققه بلا قبول من يدخل في ملكه والجواب عن هذا التقريب قد تقدم وقلنامع دلالة الدليل لامجال للاشكال مضافاً الى أن الوقف لا يكون تحريراً بل تمليك فعلى كلا التقديرين يكون الوقف مستلزماً لادخال العين في ملك الغير نعم في خصوص وقف المسجد _كما تقدم _ لا يكون تمليكاً بل تحريراً.
- ٢) اذ على كلا التقديرين يحصل التمليك وادخال المنفعة في ملك الغير .
 ٣) فانه الولي العام وحيث ان المالك ليس الشخص بل الكلي لابدمن قبوله ودخوله في الامر .
- ٤) اذ المفروض ان المالك الشخص الخارجي فلابدمن قبوله ولاوجه لدخول
 الحاكم .
- ه) قد وقع الخلاف بين الأصحاب في اشتراط قصد القربة في الوقف وعدمه وما يمكن أن يقال: في تقريب الاستدلال على الاشتراط وجوه: الوجه الأول: الاجماع وفيه انه يمكن استناد المجمعين الى الوجوه المذكورة في المقام فلا يكون اجماعاً تعبدياً كاشفاً عن رأي المعصوم.

الوجه الثاني: انــه اطلق عنوان الصدقة على الوقف في النصوص لاحــظ

وقوف الائمة منها مسا رواه عبدالرحمن بن الحجاج قال أوصى أبو الحسن عليه السلام بهذه الصدقة هذا ما تصدق به موسى بن جعفر عليهما السلام تصدق بأرضه في مكان كذا وكذا كلها وحدالارض كذاو كذا تصدق بها كلها و نخلها وأرضها وقناتها وماؤها وأرحابها الخ (* ١).

هذا من ناحية ومن ناحية اخرى قد دل الدليل علمى اشتراط الصدقة بالقربة لاحظ ما عن ابي عبدالله عليه السلام الرجل يتصدق على بعض ولده بصدقة وهمم صغار أله أن يرجع فيها قال: لاالصدقة لله تعالى (* ٢).

وما رواه حماد بن عثمان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لاصدقة ولا عتق الا ما اربد به وجه الله عزوجل (* ٣) .

ولاحظ أيضاً ما عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لاصدقة ولاعتق الا مااريد به وجه الله عزوجل (* ٤) .

وفيهان المستفاد من فعل الائمة عليهم السلام ان الوقف يمكن أن يقع مصداقاً للصدقة والمستفاد من دليل اشتراط القربة في الصدقة انه لاتتحقق الصدقة الامع قصد القربة لكن لادليل على تقوم الوقف بالقربة وبعبارة اخرى الـذي يستفاد من الدليل ان الصدقة يشترط فيها القربة وأماكون الوقف على الاطلاق أمراً قريباً فلا يستفاد من هذه النصوص .

الوجه الثالث: انه يلزم اتباع الآثمة فلابد من قصد القربة وفيه انه لااشكال في جوازقصد القربة انما الاشكال في لزومه ولادليل على لزوم الاتباع فيما لايكون

١) لاحظاص ١ ١٤ و ٢ ٤ ١ و الوسائل الباب ١٠ من ابواب الوقوف و الصدقات الحديث:٥

٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ٢

٣) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ٢

٤) نفس المصدر الحديث: ٣

كتاب الوقف _____ هكة

ولاسيما في مثل الوقف على الذرية'١.

(مسألة ۵): يعتبر في صحة الوقف القبض

لازماً.

الوجه الرابع: ان مقتضى الأصلعدم تحققه بلا قصد القربة وفيه انه لامجال للأصل مع عدم الدليل عليه ووجود المقتضي للصحة مضافاً الى السيرة الخارجية المقتضية لعدم الاشتراط .

الوجه الخامس: ان الأصل في الأوامر التعبدية وفيه انه قد ثبت في الاصول ان مقتضى القاعدة الأولية التوصلية والتعبد يحتاج الى الدليل اضف الى ذلك كله انه لااشكال في الوقف الصادر عن المخالف والحال ان المخالف لايمكنه قصد القربة لعدم صحة العبادة عن غير المؤمن فالحق ما أفاده في المتن من عدم الاشتراط.

 ١) لم بظهر لي وجه الخصوصية ولعل الوجه فيــه ان عدم الاشتراط اوضح بلحاظ السيرة الجارية الخارجية والله أعلم .

٢) قال في الحدائق: « لاخلاف في اشتراط القبض في صحة الوقف وتمامه بحيث انه بعده لارجوع في الوقف وأما قبله فله الرجوع ولو مات قبله رجع ميراثأ بمعنى ان الانتقال عن المالك مشروط بالعقد والقبض فيكون العقد جزء السبب الناقل وتمامه القبض وعلى هذا فالعقد في نفسه صحيح الا أنه غير ناقل الابالقبض ولهذا جاز فسخه قبل القبض وبطل بالموت قبله » (* ١).

ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه صفوان بن يحيى عن أبسي الحسن عليه السلام قال : سألته عن الرجل يقف الضيعة ثم يبدوله أن يحدث في ذلكشيئاً

١) الحداثق ج ٢٢ ص : ١٤٣

فاذا مات قبل القبض بطل' ولايعتبر في القبض الفورية''

ففال: ان كان وقفها لولده ولغيرهم ثم جعل لها قيماً لم يكن له أن يرجع فيها وان كانوا صغاراً وقد شرط ولايتها لهم حتى بلغوا فيحوزها لهم لم يكن له أن يرجع فيها وان كانوا كباراً ولم يسلمها اليهم ولم يخاصموا حتى يحوزوها عنه فله أن يرجع فيها لأنهم لايحوزونها عنه وقد بلغوا (*١).

فان المستفاد من هذه الرواية ان الحيازة والقبض شرط وقبل القبض يجوز للواقف الرجوع في الضيعة ولكن الانصاف انه لايستفاد المدعى من هذا الخبر بل المستفاد منه تحقق الملكية بالوقف وتحقق لزومه بالقبض ومثله في الدلالة على الصحة دون اللزوم ما رواه الاسدي فيما ورد عليه من جواب مسائله عن محمد بن عثمان العمري عن صاحب الزمان عليه السلام وأما ما سألت عنه من الوقف على ناحيتناوما يجعل لناثم يحتاج اليه صاحبه فكل مالم يسلم فصاحبه فيه بالخياروكل ما سلم فلا خيار فيه لصاحبه احتاج أو لم يحتج افتقر اليه أو استغنى (* ٢).

) لو قلنا بعدم تحقق الملكية قبل القبض فالأمركما افاده اذ مع بقاء العين في ملك الواقف ينتقل ما تركه الى وارثه ولكن الاشكال في أصل المبنى كماتقدم نعم يستفاد المدعى من حديث عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام انهقال في رجل تصدق على ولد له قد ادركوا قال: اذا لم يقبضوا حتى يموت فهوميراث فان تصدق على من يدرك من ولده فهو جايز لأن الوالد هو الذي يلي أمره وقال لا يرجع في الصدقة اذا تصدق بها ابتغاء وجه الله (* ٣) لكن الحديث ضعيف بقاسم بن سليمان حيث انه لم يوثق فلابد من اتمام الامر بالاجماع التعبدي الكاشف

٧) لاطلاق الدليل فان المستفاد من حديث صفوان اشتراطالقبض بدون تقيده

١) الوسائل الباب ٤ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث: ٤

٢) نفس الصدر الحديث : ٨

٣) نفس المصدر الحديث: ٥

كتاب الوقف ______ كتاب الوقف

وفي اعتبار اذن الواقف في القبض اشكال¹¹.

(مسألة ٦): يكفى في تحقق القبض في مثل الوقف على الذرية قبض الطبقة الاولى^{٢١}.

(مسألة ٧): اذا وقدف على أولاده الصغدار وأولاد أولاده وكانت العين في يده كفى ذلك في تحقق القبض ولم يحتج الى قبض آخر (أواذا كانت العبن في يد غيره فلاهد من أخذها منه ليتحقق قبض ولبهم (أ.

بالفورية ويمكن تقريب الاستدلال على المدعى بوجه آخروهوان المرجع اطلاق دليل الوقف لكن لابد من تقييده بالقبض في الجملة فلو تحقق القبض ولو مسع التراخى يكون مقتضى دليل الصحة كونه تاماً بعد القبض فلاحظ.

1) ربما يستدل على اشتراط الاذن بحديث الاسدي (* 1) فان المستفاد من هذا الحديث التسليم لكن السند ضعيف فليس قابــلا للاعتماد عليه ويستفاد عدم الاشتراط من حديث صفوان (*۲) حيث انه يستفاد منه جواز المخاصمة مع الواقف للحيازة فيعلم عدم اشتراط الاذن وطريق الاحتياط ظاهر والله العالم .

٢) اذ المفروض انه وقف واحد فيتم بقبض الطبقة الأولى ويمكن أن يقال:
 انه لادليل على اشتراط قبض كل طبقة ومع عدم الدليل يكفي اطلاق دليل الوقف

٣) اذ المفروض كونه ولياً لهم وقبضه قبضهم فاذا كانت العين في يده يتحتق
 القبض ولا يحتاج الى قبض آخر وان شئت قلت: تحصيل الحاصل لايمكن.

٤)كما هو ظاهر فان المفروض اشتراط القبض فلابد من أخذه كي يتحقق

١) لاحظ ص: ٢٤٦

٢) لاحظ ص: ٥٤٤

(مسألة ٨): اذاكانت العين بيد الموقوف عليه كفى ذلك في قبضها ولم يحتج الى قبض جديد^{(١}.

(مسألة ٩): يكفي في قبض غير المنقول رفع الواقف يده عنه واستيلاء الموقوف عليهم عليه^{(١}.

(مسألة ١٠): في اعتبار القبض في صحة الوقف على الجهات العامة اشكال " ولاسيما اذاكان من نية الواقف أن تبقى في يده ويعمل بها على حسب ما وقف (والاحوط اعتباره (ولكن الظاهر عدم اعتبار قبض الحاكم الشرعي (ا

القبض.

١) اذ قد تقدمانه لايمكن تحصيل الحاصل وبعبارة اخرى: المفروض تحقق
 الشرط فيتم الأمر فلاحظ.

٢) فان قبض كلشيىء بحسبه وبعبارة اخرى: القبض امر عرفي وتحققه بنظر
 العرف في غير المنقول بما ذكر في المتن .

٣) الظاهران وجه الاشكالعدم الدليل واختصاصه بالأوقاف الخاصة فلامقتضي للاشتراط.

٤) تارة يجعل نفسه متولياً فيكون قبضه كافياً واما اذا لم يكن كذلك فلاأرى
 وجهاً لكفاية قبضه اذا قلنا باشتراط القبض وعلى الجملة لم يظهر لي مارامه الماتن
 والله العالم .

 ه) بـــلا اشكال ولا كلام فان الاحتياط طريــق النجاة واخوك دينك فاحتط لدينك .

٦) ان قلنا باشتراط القبض لابد من قبض الحاكم فـان له الولاية في الامور

فاذا وقف مقبرة كفى الدفن فيها واذا وقف مكاناً للصلاة كفى الصلاة فيه واذا وقف حسينية كفى اقامة العزاء فيها وكذا الحكم في مثل وقف الخان على المسافرين والدار على سكنى العلماء والفقراء فانه يكفي في قبضها السكنى فيها واذا وقف حصير اللمسجد كفى وضعه في المسحد وكذا في مثل الات المشاهد والمعابد والمساجد ونحوها فان الظاهر انه يكفي في قبضها وضعها فيها بقصد استعمالها (اواذا خرب جانب من جدار المسجد أوالمشهد أونحوها فعمره فالظاهر كفاية ذلك في تمامية الوقف وان لم يقبضه قابض (اواذا مات لم

(مسألة ١١): اذا وقف على اولاده الكبار فقبض واحد منهم صح القبض في حصته ولم يصح في حصة الباقين^(٤).

العامة الا أن يقال: ان مقتضى السيرة عدم الاعتبار لكن مرجعه الى عدم الاشتراط فيكون خروجاً عن الفرض.

١)كيف يكون الدفن قبضاً والحال ان جواز الدفن متوقف على القبض وبعبارة اخرى: رتبةجواز الدفن متأخرة عن القبض فلابد من تحقق القبض كي يتم الوقف وبعد تماميته يترتب عليه حكمه الا أن يقال: بجريان السيرة الخارجية عليه فيكون خروجاً عن الفرض.

۲) بمقتضى السيرة الخارجية بلاكلام.

٣) وعرفت انه لامجال للارث فراجع.

٤) ما أفاده ظاهرفان المفروض تحققالقبض بالنسبة الى بعضهم وعدم تحققه

(مسألة ۱۲): الوقوف التي تنعارف عند الاعراب بأن يقفوا شاتاً على أن يكون الذكر المتولد منها (ذبيحة) يعنى يذبح ويؤكل والانثى (منيحة) يعنى تبقى و پنتفع بصوفها و لبنها فاذا و لدت ذكراً كان (ذبيحة) و اذا و لدت أنثى كانت (منيحة) و هكذا اذاكان وقفهم معلقاً على شفاء مريض او و رود مسافر أو سلامة غنمهم من الغزو أو

مبائی منهاج الصالحین ج ۹

كان (دبيحة) وادا ولدت انثى كانت (منيحة) وهكدا ادا كان وقفهم معلقاً على شفاء مريض او ورود مسافر أوسلامة غنمهم من الغزوأو المرض أو نحو ذلك فهى باطلة (اواذاكانت منجزة غير معلقة فالظاهر بطلانها ايضاً لان المينحة اذاكانت ملكاً للواقف فلايمكن أن يكون نتاجها الذكر ذبيحة لان وقف المعدوم باطل وان خرجت عن ملك الواقف فلايمكن أن يكون صوفها ولبنها راجعاً اليه أوالى ورثنه (۱۳ الواقف فلايمكن أن يكون صوفها ولبنها راجعاً اليه أوالى ورثنه (۱۳ مسألة ۱۳): لا يجوز في الوقف توقيته بمدة فاذا قال: داري

بالنسبة الى البعض الاخر فيترتب على كل حكمه على مقتضى القاعدة فتأمل.

١ الظاهر ان الوجه في حكمه بالبطلان التعليق فيان التعليق باطل عندهم
 ويتعرض الماتن لاشتراط الوقف بعدم التعليق في المسئلة (١٧) و نتعرض هناك انشاء
 الله لتقريب الاستدلال على المدعى وما فيه من الاشكال فانتظر .

γ)الأمر كما أفاده فان المنيحة المتولدة من الشاة الموقوفة ان كانت ملكاللواقف فلا يجوزوقفها لعدم جواز وقف المعدوم وان لم تكن ملكاً للواقف فلاوجه لرجوع لبنها وصوفها الى المالك .

ولقائــل أن يقول: نلتزم بكـون المنيحة ملكا للواقف وقد علق الوقف على وجودها فلا يكون متعلق الوقف معدوماً .

لكن يتوجه اشكال التعليق الا أن يقال: ان التعليق على ما يتوقف عليه صحة

کتاب الوثف ________ ده کتاب الوثف ______ ده وقف علی اولادی سنة أوعشر سنین بطل (۱۰.

العقد غير مضر بالصحة نعم يتوجـه اشكال آخر وهو انه كيف يمكن كونها ملكا للواقف والحال ان الشاة موقوفة وبعبارة اخرى : منافع العين الموقوفة لاتكون ملكا للواقف فلاحظ.

١) ونقـل في الجواهر الاجماع بقسميه عليه عن الغنية وما يمكن أن يستدل
 به عليه وجوه:

الوجه الاول : الاجماع وفيه ان الاجماع المدعى في المقام يحتمل كونه مدركياً فلايترتب عليه اثر .

الوجه الثاني: ان التأبيد معتبر في مفهوم الوقف وفيه انه ليس الامر كذلك وان الوقف على قسمين بل لايبعد اطلاق الوقف على المنقطع في بعض النصوص الوجه الثالث: الوقوف الصادرة عن بعض الائمة عليهم السلام لاحظ غبري عجلان (* ١) وربعى (* ٢) ولاحظ حديث عبد الرحمن (* ٣).

بتقريب: ان المستفاد من هـذه النصوص ان التأبيد مقوم للوقف حيث انـه وصف به اوباطلاقه يكون ظاهراً في المؤيد وفيه ان هذا التقريب لايثبت المدعى اذ يمكن أن يكون الوقف على قسمين وهم عليهم السلام اختاروا احـد القسمين وبعبارة اخرى: لايستفاد من هذه الروايات ان الوقف منحصر بالمؤبد.

الوجه الرابع: لزوم الاقتصار على القدر المعلوم وكون الوقف مشروعاً في غير المؤبد اول الكلام والاشكال وفيه انه يكفى دليلا للصحة النصوص (* ٤) الدالة على أن الوقوف على حسب ما اوقفها اهلها ويمكن الاستدلال على الصحة بما رواه الصفار قال: كتبت الى أبى محمد عليه السلام أسأله عن الوقف الذي

١ و٢) لاحظ ص: ٤١١ و٤٤٢

٣) لاحظ ص: ٢ ١٤

٤) لاحظ ص: ٤٣٩

(مسألة ۱۶): اذا وقف على من ينقرض كما اذا وقف على اولاده واولاد اولاده صح وقفاً ٢٠ فاذا انقرضوا رجع الى ورثة الواقف

يصح كيف هـو ؟ فقد روي ان الوقف اذا كان غير موقت فهـو باطل مردود على الورثة ، واذا كان موقتاً فهو صحيح ممضى ، قال قوم ان الموقت هو الذي يذكر فيه انه وقف على فلان وعقبه فاذا انقرضوا فهو للفقراء والمساكبن الى أن يرث الله الأرض ومن عليها وقال آخرون هذا موقت اذا ذكرانه لفلان وعقبه ما بقوا ولم يذكر في آخره للفقراء والمساكين الى أن يرث الله الأرض ومن عليها والذي هو غير موقت أن يقول : هذا وقف ولم يذكر احداً فما الذي يصح من ذلك ؟ وما الذي يبطل ؟ فوقع عليه السلام: الوقوف بحسب ما يوقفها ان شاء الله (*١) فان مقتضى اطلاق هذا الخبر تبعية الوقف للقصد ويصح على اي نحو قصده الواقف.

1) اذالمفروض ان الواقف قصدعنوان الوقف فلاوجه لتحققه حبساً وبعبارة اخرى: الامور الانشائية القصدية تابعة للقصد ان قلت: ليس الحبس الا الايقاف مدة والمفروض ان الواقف قصد هذا العنوان فيصح حبساً قلت: الوقف اخراج الملك عن النفس وادخاله في ملك الموقوف عليه والحبس لا يكون اخراجاً للملك فكيف يصح الوقف حبساً ؟ فلاحظ.

اذا قلنا بعدم اشتراط التأبيد فالأمر ظاهر فدان المقتضي للصحة موجود
 والمانع مفقود فيحكم بالصحة كما في المتن وأما على القول باشتراط التأبيدفي
 الوقف فيمكن أن يقال: ان عمدة الوجه في مستندالاشتراط هو الاجماع ولااجماع
 في المقام وحيث لااجماع في هذه الصورة فمقتضى القاعدة والصناعة الصحة .

١) الوسائل الباب ٧ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث: ٢

كتاب الوقف _______هـ

حين الموت لاحين الانقراض فاذا مات الواقف عن والدين ومات احدهما قبل الانقراض وترك ولدا ثم انقرض الموقوف عليهم كافت العين الموقوفة مشركة بين العم وابن اخيه(١).

(مسألة ۱۵) : لافرق فيما ذكرنا منصحة الوقف ورحوعه الى ورثة الواقف بين كون الموقوف عليه مما ينقرض كونه ممالا ينقرض غالباً فاتفق انقراضه (أنعم يستثنى من ذلك ما اذا ظهر من القرائن ان خصوصية الموقوف عليه ملحوظة بنحو تعدد المطلوب بأن كان الواقف قدانشا التصدق بالعين وكونه على نحو خاص فاذا بطلت الخصوصية بقي اصل التصدق فاذا قامت القرينة على ذلك وانقرض الموقوف عليه لم يرجع الى الوارث أو ورثته بل يحب أن يتصدق به (" .

١) الظاهر ان الوجه فيما أفاده ان الملك لايخرج بالوقف عن ملك الواقف الا في قطعة خاصة من الزمان كثلاث سنوات مثلا وباقى المدة يكون باقياً في ملك الواقف فاذامات الواقف ينتقل الى وارثه حين مو ته بمقتضى قانون الارث و بعبارة اخرى: لامقتضى لخروج الملك عن ملك الواقف أزيدمن ذلك المقدار من الزمان فالزائد عليه يكون في ملكه وبمو ته ينتقل بالارث الى وارثه في ذلك الوقت فما أفاده في المتن متين فلاحظ.

لعدم ما يقتضي التفصيل والتفريق فان الملاك وتقريب الاستدلال واحـــد
 في كلا المقامين فالأمركما أفاده .

٣) أما على فرض انشاء الوقف هكذا فالأمرظاهر اذعليه تكون العين موقوفة
 مطلقاً وأما على تقدير قصد التصدق بعنوان الوصية فاللازم العمل بها بمقتضى

(مسألة ١٦): اذا وقف عيناً على غيـــره وشرط عودها اليه عند الحاجة ففي صحته قولان والاظهر البطلان (١٠ .

(مسألة ١٧): يشترط في صحة الوقف التنجيز فلو علقه على أمر مستقبل معاوم الحصول أو متوقع الحصول أو أمر حالي محتمل الحصول اذا كان لايتوقف عليه صحة العقد بطل فاذا قال: وقفت داري اذا جاء رأس الشهر او اذا ولدلي ذكر أو ان كان هذا اليوم يوم الجمعة بطل (أواذا علقه على أمر حالى معلوم الحصول اومجهول

صحة الوصية وعلى كلا التقديرين لامقتضي للارث والله العالم .

١) لاحظ مارواه اسماعيل بن فضل عن أبي عبدالله عليه السلام قال: من أوقف أرضاً ثم قال ان احتجت اليها فانا أحق بها ثم مات الرجل فانها ترجع الى الميراث (*١) فان المستفاد من هذا الحديث ان الوقف بهذا النحو باطل ولذا لاأثر له ويكون المال موروثاً وينتقل الى الوارث بالارث فلاحظ.

۲) قال السيد اليزدي قدس سره في الملحقات: «الثالث التنجيز على المشهور بل في الجواهر بلا خلاف ولا اشكال بـل الاجماع بقسميه عليه لكن في الحدائق لـم اقف عليه في جملة مـن كتب المتقدمين منها كتاب النهاية للشيخ والمبسوط والسرائر وكذا المقنعة للمفيد فلو علق على شرط كقدوم زيد اوصفة كمجيى، دأس الشهر لم يصح ولا دليل عليه بالخصوص كما اعترف به صاحب المسالك وحينئذ فان تحقق الاجماع فهو والا فهو مشكل نعم ادعى صاحب الجواهر ان ظاهرمادل على تسبيب الاسباب ترتب آثارها حال وقوعها وهو ايضاً مشكل فالاحوط مراعاة الاحتياط هذا ولـو علق على أمر محقق الوقوع حال الانشاء مع العلم به كمااذا

١) التهذيب ج ٢ ص ١٥٠ حديث: ٥٩

الحصول اذا كان يتوقف عليه صحة العقد كما اذا قال زيد: وقفت داري ان كنت زيداً او وقفت داري ان كانت لى صح (١٠).

(مسألة ١٩): بشترط في صحة الوقف اخراج الواقف نفسـه عن الوقف فاذا وقف على نفسه بطل^٣

قال وقفت ان كان هذا يوم الجمعة مع العلم بأنه يوم الجمعة صح بل لاينبغى الاشكال و ان نقل عن بعض بطلانه ايضاً لأنه بصورة التعليق بل لولم يعلم ايضاً فالظاهر الصحة فلو قال وقفت على اولاد زيد ان كانو اعدو لامع عدالتهم وعدم علمه بذلك فانه لم يتأخر الأثر حينئذ » (*) الى آخر كلامه زيد في علو مقامه .

وصفوة القول: انه لادليل على الاشتراط المذكورالا أن يتم الاجماع التعبدي الكاشف وعلى فرض تحققه لابدمن الاقتصارعلى المقدار المعلوم منه نعم الاحتياط طريق النجاة .

- ١) اذ لااجماع في هذه الصورة .
- ٢) والوجه فيه ان العين تنتقل بعد وفاة الواقف الى الورثة ولا مجال لوقفه
 من قبل المالك الا أن يرجع الى الوصية بالوقف كما فى المتن .
- ٣) ادعي عليه الاجماع ويمكن الاستدلال على المدعى بأن الوقف نقل العين الى الموقوف عليه وبعبارة اخرى: الوقف نقل الملك عن ملك الواقف الى ملك الموقوف عليه ومن الظاهر عدم تعقل نقل الملك عن النفس الى النفس فلا يعقل الوقف على النفس كى يتكلم فى صحته وفساده .

١) ملحقات العروة ج ١ ص ١٩٦

و أفادالسيد اليزدي قدس سره اولا: ان الوقف ايقاف لاتمليك و ثانياً: لامانع من تبديل ملكية بملكية اخرى عليه بنحو آخر (* ١) .

نفسه فقط وكان من الوقف المنقطع الاخر" وان قال هي وقفعلي

وفي كلا الجوابين اشكال أما ما أفاده اولافان الوقف اخراج عن الملك ولذا يقال: ان العين الموقوفة ملك للموقوف عليه واختيارهابيد الموقوف عليه وتنتقل العين من الطبقة السابقة الى الطبقة اللاحقة وأماما أفاده ثانياً فيرد عليه: ان الوقف اخراج للعين عن الملك وكيف يمكن اخراجها مع عدم دخوله في ملك الغير؟ نعم في المسجد تحرير وان شئت قلت: الوقف اخراج للملك لاتبديل وكم فرق بين الأمرين.

- ١) بتقريب ان المقتضي للصحة في النصف تام فيصح فيه ولكن لقائل أن يقول: انه لو أراد الواقف المقيد بما هو مقيد لايتم التقريب المذكور بل يكون مقتضى القاعدة البطلان مطلقاً.
- ٢) أما بالنسبة الى الأول فلما ذكر من تقريب البطلان وأما بالنسبة الى الثاني
 فلما تقدم من بطلان الوقف بعد الموت الا أن يرجع الى الوصية .
- ٣) أما الصحة في الأول فلما تقدم من صحة الوقف كذلك وأما البطلان في
 الثانى فلما مر من كونه فاسداً .

١) ملحلقات العروة ج ١ ص ١٩٧

أخي ثم على نفسي ثم على شخص آخر بطل الوقف بالنسبة الى نفسه والشخص الاخر وكان من الوقف المنقطع الوسط ...

(مسألة ٢٠): اذا وقف على أولاده واشترط عليهم وفاء ديونه من مالهم عرفية كانت الديون أم شرعية كالزكاة والكفارات المالية صح^{٢١}بل الظاهر صحة الوقف اذا اشترط وفاء ديونه من حاصل الوقف ايضاً ٣٠.

(مسألة ٢١): اذا وقف على جيرانه واشترط عليهم أكل ضيوفه

١) أما الصحة في الأول فلما تقدم من تقريب الصحة وأما الفساد في الثاني
 فلما ذكر من تقريب الفساد وأما الفساد في الثالث فلبطلان التعليق .

٢) الظاهر ان الوجه في الصحة دليل صحة الشرط فان مقتضاه صحة الشرط مالم يكن مخالفاً مع الشرع فيصح الوقف مع الشرط المذكور على فرض قبول الموقوف عليهم ولا اشكال في أن الاشتراط المذكور لاينافي الوقف فما أفاده في الحدائق من منافاته للوقف (*١) ليس في محله وعلى الجملة ان الصور المفروضة خارجة عن الوقف على النفس فلاوجه لفساده ولكن يشكل الأمر بالنسبة الى الطبقة اللاحقة التي لم تكن طرفاً للشرط اذلامة تضي لوجوب العمل عليهم بالشرط المذكور لأن المفروض عدم الاشتراط معهم نعم يمكن أن يتصور على نحو يحصل مطلوب الواقف على من يقوم بهذه المهمة كما لـو وقف على من يصلي صلاة الليل فمن لا يصلى صلاة الليل فمن لا يصلى صلاة الليل لا يكون مصداقاً للموقوف عليه .

٣) الظاهر انما أفاده تام اذ حاصل الوقف ملك لهم فلاما نعمن هذا الاشتراط
 معهم فلاحظ .

١) الحداثق ج ٢٢ ص : ١٩٠

أوالقيام بمؤنة اهله واولاده حتى زوجته صح واذا اشترط عليهم نفقةزوجته الواجبة عليه من مالهم صح بل الظاهر الصحة مع اشتراطها من حاصل الوقف ايضاً (١.

(مسألة ٢٢): اذا وقف عيناً له على وفاء ديونه العرفية والشرعية بعد الموت ففي صحته كما قيل اشكال بل الاظهر البطلان وكذا في مالو وقفها على اداء العبادات عنه بعد الوفاة (٢.

(مسألة ٢٣): اذا اراد التخلص من اشكال الوقف على النفس يملك العين لغيره ثم يقفها غيره على النهج الذي يريد من ادرار مؤنته ووقاء ديونه و نحو ذلك ٣ ويجوز له أن يؤجرها مدة ويجعل لنفسه خيار الفسخ وبعد الوقف يفسخ الاجارة فترجع المنفعة اليه لا الى الموقوف عليهم ١٤

١) الكلام في هذا الفرعهو الكلام وتقريب الاستدلال على الصحة هو التقريب فلاوجه للاعادة .

۲) ان لم يرجع الى الوصية يشكل الجواز اذ بالموت ينتقل ما تركه الميت الى الوارث فلا مجال لتحققه وقفاً بل يمكن أن يقال: انه مـن مصاديق الوقف على النفس وقد مر بطلانه الا أن يقال ان الموقوف عليــه الجهة الخاصة فيكون خارجاً عن الوقف على النفس.

٣) اذ بهذه الوسيلة لايتوجه الاشكال مع حصول النتيجة المطلوبة .

٤) اذ المفروض صحة الاجارة كما ان مقتضى القاعدة صحة الوقف فبعد
 الفسخ يكون مالكاً للمنفعة مع كون العين موقوفة .

كتاب الوقف ______ وه :

بل لايبعد صحة وقف العين مع اشتراط بقاء منافعها على ملكيته مدة معينة كسنة أوغير معينة مثل مدة حياته (١٠.

(مسألة ٢٤): يجوز انتفاع الواقف بالعين الموقرفة في مثل المساجد والفناطر والمدارس ومنازل المسافرين وكتب العليم والزبارات والادعية والابار والعيون ونحوها مما لهم يكن المنفعة معنونة بعنوان خاص مضاف الى الموقوف عليه بل قصد مجرد بذل المنفعة واباحتها للعنوان العام الشامل للواقف (أما اذا كان الوقف على الانحاء الاخرمع كون الموقوف عليه عنواناً كلياً عاماً ففي جواز مشاركة الواقف اشكال والاظهر الجواز (".

لكن الذي يختلج بالبال: انه مخصوص بالمنفعة المملوكة بالفعل وأما مالا لايكون مملوكا له فلا يجري هذا التقريب الا أن يقال لامصداق له فلاحظ.

۲) اذ المفروض ان العين الموقوفة لاتكون مملوكة للعنوان بـــل الموقوف
 عليه تلك الجهة فيكون الواقف كبقية الأفراد فــي جواز الانتفاع وبعبارة اخــرى:
 لايكون الوقف لجماعة خاصة كى يقال: لا يجوز للواقف بل الموقوف عليه تلك
 الجهة .

١) بتقريب ان الواقف مالك للعين ولمنافعها واختيار العين بيده فله أن يقف العين مسلوبة المنفعة مدة معينة أو غير معينة ودليل الوقف باطلاقه يشمل مفروض الكلام.

٣) والوجه في الاشكال شبهة كون الوقف المذكور من مصاديق الوقف على
 النفس فلا يجوز ولكن الشبهة واهيـة اذ الواقف يخرج العين عن ملكه ويدخلها
 فــي ملك العنوان الجامع فلا يكون داخلا في الوقف على النفس فالاظهر الجواز

ر مسألة ٢٥): اذاتم الوقف كان لازماً لايجوزللواقف الرجوع فيه ('وان وقع في مرض الموت لم يجز للورثة رده وانزاد على الثلث'^١

فصل في شرائط الواقف

(مسألة ٢٦): بعتبر في الواقف أن يكون جائز التصرف بالبلوغ والعقل والاختيار وعدم الحجر لسفه اورق اوغير هما الهابيصح وقف الصبي وان بلغ عشراً (علم اذا أوصى بأن يوقف ملكه بعد وفاته على وجوه البروالمعروف لارحامه وكان قدبلغ عشراً وعقل نفذت

كما في المتن.

1) ما أفاده على طبق القاعدة الأولية فان الخيار وجواز الرجوع يحتاج الى الدليل وبعبارة اخرى: بعد فرض تحقق الوقف وصحته كما هو المفروض تكون العين خارجة عن ملك الواقف وداخلة في ملك الموقوف عليه ومن ناحية اخرى لا يجوز التصرف في الوقف فعدم الجوازولزومه بعد تحققه امر واضح ظاهروعلى المدعى للخلاف اقامة الدليل والله العالم بحقايق الامور.

لا قد حقق في محله صحة منجزات المريض ولو في الزائد عـن الثلث
 فلاوجه لاشتراطه باجازة الوارث والتفصيل موكول الى مجال آخر .

٣) فان هذه الامور شرائط عامة فيجميع العقود والايقاعات وقد تعرضنالادلة
 الاشتراط في جملة من المباحث السابقة ولا نعيد .

٤) يظهر من كلماتهم ان المسألة ذات قولين واستدل على الجواز بجملة من النصوص منها ما رواه زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال : اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز في ماله ما أعتى أو تصدق أو اوصى على حد معروف وحق

فهو جايز (* ١) وهذه الرواية ضعيفة سنداً بموسى بن بكر .

ومنها ما رواه جميل عن احدهما عليهما السلام قال: يجوز طلاق الغلام اذا كان قد عقل وصدقته ووصيته وان لم يحتلم (٣*) وسندهذه الرواية ضعيفة بضعف اسناد الشبخ الى على بن الحسن بن فضال .

ومنها ما رواه محمد بن مسلم عن أبيعبدالله عليه السلام قال سئل عهن صدقة الغلام مالم يحتلم قال: نعم اذا وضعها في موضع الصدقة (٣٣) والكلام في سابقه .

ومنها ما رواه الحسن بن راشدعن العسكري عليه السلام قال اذا بلخ الغلام ثماني سنين فجايزأمره في ماله وقد وجبعليه الفرائض والحدود واذا تم للجارية سبع سنين فكذلك (* ٤) .

وهذه الرواية ضعيفة سنداً أيضاً فلامجال الاستناد الى هذه النصوص في اثبات المدعى بعد عدم اعتبار اسنادها مضافاً الى أن الظاهر منها جواز صدقته وشمول الصدقة للوقف اول الكلام والاشكال واستعمال الصدقة في الوقف في جملة من الموارد اعم من الحقيقة كما هو ظاهر.

وأما النصوص الدالة على جوازوصيته بعد بلوغه عشراً منها ما رواه أبوبصير يعني المرادي عن أبى عبدالله عليه السلام انه قال: اذابلغ الغلام عشر سنينواوصى بثلث ماله في حق جازت وصيته واذاكان ابن سبع سنين فأوصى من ماله بالبسير في حق جازت وصيته (* ٥) .

١ و٢) الوسائل الباب ١٥ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ١ و٢

٣) نفس المصدر الحديث: ٣

٤) نفس المصدر الحديث: ٤

٥) الوسائل الباب ٤٤ من ابواب الوصايا الحديث: ٢

وصيته كما تقدم (' واذا وقف باذن الولي وكان مصلحة نفي بطلانه اشكال والاظهر الصحة ('.

(مسألة ٢٧): يجوز للواقف جعل الولاية على العين الموقوفة لنفسه (٣

ومنها ما رواه عبدالرحمن بن أبيعد لله عن أبي عبدالله عليه السلام قال اذا بلغ الغلام عشرسنين جازت وصيته (* ١).

ومنها مارواه زرارة عن أبى جعفر عليه السلام قال: اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما اعتق أو تصدق أو اوصى على حد معروف وحــق فهو جائز (* ٢)، فلا مجال للاستناد البهـا في اثبات المدعى اذ المفروض ان موردها الوصية والكلام في المقام في الوقف فلاحظ.

١) وقد تقدم شرح كلام الماتن فراجع ما ذكرناه هناك .

٢) قد تعرضنا سابقاً ان مقتضى بعض النصوص ان عمد الصبي كخطائه لاحظ
 ما رواه ابن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام : قال عمد الصبي وخطاه واحد (٣٣)
 فلا اثر لانشائه ولو مع اذن الولي والله العالم .

٣) ما يمكن أن يستدل به وجوه: الوجه الأول: الاجماع فانه نقل عن المختلف الاجماع على المدعى . ومن الظاهر ان الاجماع المنقول لااعتبار به كما حقق في محله وأما الاجماع المحصل فهل يمكن تحققه ؟ سيمامع نقل الخلاف عن ابن ادريس وعلى فرض تحققه هل يمكن الاستناد اليه مع احتمال كونه مدركياً ومستنداً الى الوجوه المذكورة في المقام .

١) نفس المصدر الحديث: ٣

٢) نفس المصدر الحديث: ٤

٣) الوسائل الباب ١١ من ابواب العاقلة الحديث : ٢

الوجه الثاني : الأصل ولم يعلم المراد منه فان مقتضي الأصل عدمالاعتبار .

الوجه الثالث: عموم وجوب الوفاء بالشرط لاحظ ما رواه عبدالله بنسنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: المسلمون عند شروطهم الاكل شرط خالف كتاب الله عزوجل فلا يجوز (* ١).

وفيه ان دليل الشرطكما ذكرنا في محله لايكونمشرعاً فمع الشك في الجواز لامجال للاستناد اليه .

الوجه الرابع: عموم وجوب الوفاء بالعقد المستفاد من قوله تعالى اوفوا بالعقود (*۲) وفيه انا ذكرنا سابقاً ان دليل وجوب الوفا بالعقد دال على اللزوم بعد الفراغ عن الصحة ولا يكون دليلا على الصحة .

مضافأ الى أن اطلاق العقد على مطلق العهد اول الكلام والاشكال .

الوجه الخامس عموم دليل ان الوقف على حسب ما أوقفها اهلها لاحظ ما رواه محمد بن الحسن الصفار انه كتب الى أبسي محمد الحسن بن علي عليهما السلام في الوقف وما روي فيه عن آبائه عليهم السلام فوقع عليه السلام الوقف تكون على حسب ما يوقفها اهلها انشاء الله (* ٣) بتقريب ان جعل الوقف بيد الواقف فله أن يقف مملوكه على هذا النحو ولايبعد تمامية هذا الوجه.

الوجه السادس: السيرة الخارجية الممضاة فان السيرة جارية على جعل الولاية للواقف على العين الموقوفة فلاحظ.

١) يمكن الاستدلال علمي جواز الولاية المغير مضافحًا الى الوجوه المتقدمة

١) الوسائل الباب ٦ من ابواب الخيار الحديث : ٢

٢) المائدة/١

٣) الوسائل الباب ٢ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث: ١

والاشتراك^{(۱}كما يجوزله ايضاً جعل الناظرعلى الولي بمعنى المشرف عليه أو بمعنى المرجع له فى النظر (أولافرق فى المجعول له الولاية والنظارة بين العادل والفاسق ("نعم اذاخان ضم اليه الحاكم الشرعى من يمنعه عنها(¹

ببعض النصوص وهو ما رواه عبد الرحمن بن الحجاج قال بعث الي بهذه الوصية أبو ابراهيم هذا ما أوصى به وقضى في ماله عبدالله على ابتغاء وجه الله ليولجني به الجنة ويصرفني به عن الى أن قال وانه يقوم على ذلك الحسن بن علي يأكل منه بالمعروف وينفقه حيث يريد الله في حل محلل لاحرج عليه فيه فان أراد ان يبيع نصيباً من المال فيقضى به الدين فليفعل ان شاء لاحرج عليه فيه و انشاء جعله شروى «سروى» الملك و ان ولد علي و أمو الهم الى الحسن بن علي ان كان دار الحسن غير دار الصدقة فبداله أن يبيعها فليبعها انشاء لاحرج عليه فيه و ان باع فانه يقسمها ثلاثة اثلاث في جعل ثلثاً في سبيل الله و يجعل ثلثاً في بني ها شمو بني المطلب و يجعل ثلثاً في آل أبى طالب و إنه يضعه حيث يريد الله و ان حدث بحسن بن علي حدث وحسين حي فانه الى حسين بسن علي ريد الله و ان حدث بحسن بن علي حدث الولاية للغير .

- ١) لوحدة الملاك.
- ۲) فانه من انحاء الوقف فيشمله دليل ان الوقوف على حسب ما أوقفها اهلها مضافاً الى السيرة الخارجية فانها جارية على جعل الناظر على النحوين المذكورين وهو الاستصوابي وغيره فلاحظ.
 - ٣)كما عليه السيرة ولا دليل على اشتراط العدالة فيه .
 - ٤) اذ الحاكم هو المرجع العام في الامور الحسبية .

١) الوسائل الباب ١٠ من الوقوف الحديث : ٤

محتاب الوثف في شرائط الواثف معتاب الوثف في شرائط الواثف معتاب الوثف في شرائط الواثف معتاب المحتاب الم

(مسألة ٢٨) : يجوز للمجعول له الولاية أوالنظارة الرد وعدم الفبول (٢ بل لايبعد جواز الرد بعد القبول الهضأ (٣

(مسألة ٢٩): يجوز أن يجعل الواقف للولي والناظر مقداراً معيناً من ثمرة العين الموقوفة أومنفعنها سواء أكان أقل من اجرة المثل أم اكثراًم مساوياً (٤ فان لم يجعل له شيئاً كان له اجرة المثل ان كان لعمله اجرة (٥ الا أن يظهر من الواقف قصد المجانية (٦.

(مسألة ٣٠): اذا لهم يجعل الواقف ولياً على الوقف كانت الولاية عليه للحاكم الشرعي ٧٠ نعم اذا كان الوقف على نحو التمليك

١٤ مع عدم الامكان لامناص عن قطع يده وطرده وربما يقال: انه بنفسه ينعزل ولا وجه له اذ مع اطلاق الجعللاوجه للانعزال بنفسه بل يتوقف على عزله فلاحظ.

لعدم دليل على وجوب القبول فلا يجب عليه القبول .

٣) بل يبعد فان مقتضى وجوب الوفاء بالعقد لزومه وعدم جواز الفسخ .

٤) فان الوقوفعلى حسب ما اوقفها اهلهامضافاً الى السيرة الجارية الخارجية فاذا قبل المتولى او الناظر يتعين .

ه) لاحترام عمل العامل فله اجرة المثل.

٦) اذ مع عدم جعل الواقف الاجرة لامتنضي للاعطاء وبعبارة اخرى: اذا
 قبل المتولي أو الناظر مع فرض قصد المجانبة لايكون للعمل احترام كما هو
 ظاهر.

٧) لأنه من الامور الحسبية فأمره راجع الى الحاكم الشرعي .

وكان خاصا كانت الولاية عليه للموقوف عليه فاذا قال: هذه الدار وقف لاولادي ومن بعدهم لاولادهم وهكذا فالولاية عليها وعلى منافعها تكون للاولاد (أواذا لم يكن الوقف خاصاً اوكان ولم يكن على نحو التمليك بأن كان على نحو الصرف وغيره من الانواع فالولاية للحاكم الشرعي (٢٠.

(مسألة ٣١): اذا جمل الواقف ولياً أوناظراً على الولي فليس لمعزله ^٣ نعم اذا فقد شرط الواقف كما اذا جعل الولاية للمدل ففسق أو للارشد فصار غيره أرشد أو نحو ذلك انعزل بذلك بلا حاجةالى عزل ^{(٤}.

(مسألة ٣٢): يجوز للواقـف أن يفوض تعيين الولـي على الوقف الى شخص بعينـه وأن يجعل الولاية لشخص ويفوض اليـه

١) لأن المفروض كون الوقف ملكا للأشخاص الموجودين في الخارج ومع وجود المالك لاتصل النوبة الى الحاكم وبعبارة اخرى : الحاكم ولي في مورد عدم الولي ومع وجوده لاموضوع لولايته .

٧) اذ على كلا التقديرين لاولي للوقف فالولابة للحاكم الشرعي .

٣) اذ لادليل على جواز عزله من قبله فان العين الموقوفة بعد تماميةالوقف لاترتبط بالواقف كما أن المتولي بعد جعل الولاية له من قبل الواقف له الولاية الشرعية وجواز عزله يحتاج الـى الدليل وكذلك الكلام في الناظر فالأمر كما أفاده.

٤) فان الولاية مجعولة للعادل على الفرض فالفاسق خارج عن تلك الدائرة

مسألة ٣٣): اذاعين الواقف للولي (المجعول له) الولاية جهة خاصة اختصت ولايته بتلك الجهة (أوكان المرجع في بقية الجهات الحاكم الشرعي (أوان أطلق له الولاية كانـت الجهات كلها تحت ولايته فله الاجارة والتعمير واخـذ العوض ودفع الخراج وجمع الحاصل وقسمته على الموقوف عليهم وغير ذلك مما يكون تحت ولاية الولـي (أنعم اذا كان تعارف تنصرف اليـه الولاية اختصت بذلك التعارف ().

(مسألة ٣٤): لايشترط في الواقف الاسلام فيصح وقفالكافر على الاقوى ^{٦١}.

وان شئت فقل: ان خروج فاقد الشرط موضوعي وبالتخصص .

۱) اذالمفروض انالأمر بيده ولا فرق في تعيين المتولي بين أقسامه وهذا احد اقسامه.

٢)كما هـو ظاهر فان دائـرة المجعول سعة وضيقاً بمقدار الجعل فلابد من ملاحظته والاقتصار على مقداره فلاحظ.

٣) فان الحاكم الشرعي ولي في الامور العامة فله الولاية .

٤)كما هوظاهر فان الولاية بمقدار الجعل والمفروض اطلاقه .

ه) فان التعارف بنفسه قرينة على المراد .

٦) لعدم اشتراط قصدالقربة في الوقف كي يقال: لا يتمشي قصد القربة من الكافر
 ولذا يجوز وقف المخالف مع عدم صحة العبادات الا مع الولاية فمقتضى اطلاق

فصل في شرائط العين الموقوفة

(مسألة ٣٥): يعتبر في العين الموقوفة أن تكون عيناً موجودة فلا يصح وقف الدين ولا وقف الكلي ولا وقف المنفعة فاذا قال: وقفت ما هو لي في ذمة زيد من فراش او اناء او نحوهما أو قال وقفت منفعة داري لم وقفت فرساً أو عبداً من دون تعيين أو قال وقفت منفعة داري لم يصح في الجميع (١).

(مسألة ٣٦): يعتبر أن تكون العين مملوكة أو بحكمها فلا يصح وقف الحر والمباحات الاصليه قبل حيازتها (٢ ويجوز وقف ابل الصدقة وغنمها وبقرها اذا كان الواقف مالك العين الزكوية (٢

الادلة جوازه حتى من الكافر فلاحظ.

١ مشروعية الوقف تحتاج الى الدليل المعتبر ولا دليل على صحة الوقف الا فيما يتعلق بالعين المعينة الخارجية مضافاً الى أن وقف الكلي أو الشخصي غير المعين أو المنفعة غير معهود فلا يكون صحيحاً.

۲) اذ لادليل على جواز وقـف المباح الاصلي فعدم الجواز مطابق للاصل
 كما ان وقف مملوك الغير على خلاف القاعدة الاولية فلابد من كـونالموقوف
 عيناً مملوكة للواقف أو يكون كالمملوك اى يكون اختياره بيده .

٣) لم يظهر لي مراد الماتن من قوله « اذاكان الواقف مالك العين الزكوية»
 اذالمالك للعين الزكوية لايتصور الا بأحد نحوين أحدهما: من يكون الزكاة واجبة
 عليه وتكون الزكاة متعلقة بماله .

(مسألة ٣٧): يعتبر أن تكون العين مما يمكن الانتفاع بهامع بهامع بهائه فلا يصح وقف الاطعمة والخضر والفواكه مما لانفع فيه الا باتلاف عينه (٢ وأن تكون المنفعة محللة فلا يصح وقف آلات اللهو وآلات القمار والصلبان ونحوها مما يحرم الانتفاء بها وأن تكون المنفعة المقصودة بالوقف محللة فلايصح وقف الدابة لحمل المخمر والخنزير (٣).

(مسألة ٣٨): لايعتبر في انشاء الوقف أن تكون العين ممــا يمكن قبضها حال الوقف فاذا وقف العبد الابــق أو الجمل الشارد

ثانيهما : من تملك الزكاة باخذها أما النحو الاول فلا يكون المكلف مالكاً للزكاة وليس له الولاية عليها فكيف يقفها وأما النحو الثاني فالاخذ للزكاة مالك لها لافي حكم المالك اللهم الا أن يكون مراده ان من تجب عليه الزكاة يصح أن يقف العين الزكوية اذ جعله وقفاً من وجوه الخير فله أن يقف وبالوقف يخرج عن عهدة تكليفه .

- ١) فان الحاكم الشرعي له الولاية على المال الزكوي فمع تمامية الجهات يجوز له أن يقف العين الزكوية والله العالم .
- ٢) فان الوقـف تحيس الأصل وتسبيل الثمرة فلا تتحقق الا مع قابلية بقاء
 العين وامكان الانتفاع بمنفعتها .
- ٣)كما هوظاهرواضح اذ معحرمة الانتفاعلايمكن أن يكون الوقف صحيحاً
 وبعبارة اخرى لايكون الوقف مقتضياً لصيرورة المحرم محللا

أو الطير الطائر وتحقق القبض بعده صح الوقف (١ .

(مسألة ٣٩)؛ لااشكال في صحة وقف الثياب والاواني والفرش والدور والبساتين والاراضى الزراعية والكتب والسلاح والحيوانات اذا كان ينتفع بها في الركوب أو الحمل أو اللبن أو الوبر والشعر والصوف أو غير ذلك وكذا غيرها مماله منفعة محللة (٢ ويجوز وقف الدراهم والدنانير اذا كان ينتفع بها في التزيين (٣ وأماوقفها لحفظ الاعتبار ففيه اشكال (٤).

(مسألة ٤٠): المراد من المنفعة اعم من المنفعة العينية مثل الثمر واللبن ونحوهما والمنفعة الفعلية مثـل الركوب والحرث والسكنى وغيرها (٥ .

١) اذ قد تقدم انه لاتشترط الفورية في القبض فلوتحقق القبض ولو بعدمدة صح الوقف فلاحظ .

٢) اذ المقتضي للصحة موجود والمانح عنها مفقود فلا وجه للتوقف .

٣) الكلام فيها هو الكلام.

٤) لم يظهر لي وجه الاشكال قال السيد اليزدي قدس سره في ملحقات العروة في المسألة الخامسة: « الأقوى جواز وقف الدراهم والدنانير لامكان الانتفاع بها مع بقاء عينها بمثل التزيين وحفظ الاعتباركما يجوز عاريتها كما يظهر من بعض الأخبار فالقول بعدم الجواز ضعيف » (* ١) انتهى والظاهر ان ما أفاده لابأس به والله العالم.

ه)كما هوظاهرفان المنفعةعلى قسمين ولامخصص لأدلة الوقف كما أنالسيرة

١) ملحقات العروة أج ١ ص: ٢٠٩

(مسألة ٤١): لايشترط في المنفعة أن تكون موجودة حــال الوقف فيكفى أن تكــون متوقعة الوجود في المستقبل مثــل وقف الشجرة قبل أن تقوى على الركوب أو الحمل عليها (١٠).

فصل في شرائط الموقوف عليه

(مسالة ٤٢): يشترط في الموقوف عليه امور الاول: التعيين فاذا وقف على المردد بين شيئين او الاشياء مثل احد المسجدين او احد المشهدين اواحد الولدين لم يصح (٢ نعم اذا وقف على الجامع بين امرين او امور صح (٣ الثانى: أن يكون موجوداً حال الوقف فلا يصح الوقف على المعدوم حاله سواء كان موجوداً قبل ذلك كما اذا وقف على زيدالذي مات أويوجد بعد الوقف مثل أن يقف على ولده الذي سيولد (١ وأما اذا كان حملا لم ينفصل حين الوقف

الخارجية لافرق فيها فلاحظ.

١) لعــدم دليل على الاشتراط المذكور ومقتضى اطلاق ادلة الوقف العموم
 وعدم الاختصاص كما انه يبعد جريان السيرة الخارجية على العموم فلاحظ .

٢) فان المردد لاواقع له فلا مجال لكون الوقف عليه صحيحاً فلاحظ.

٣)كما هو ظاهر فان كثيراً من الأوقاف على الجامع الذي تكوناله مصاديق .

٤) مـا يمكن أن يذكر في تقريب المدعى وجوه: الوجه الأول: الاتفاق
 كما يظهر من كلام صاحب الحدائق قدس سره.

ففى بطلان الوقف تأمل^{(۱} نعم اذاوقف على المعدوم تبعاً للموجود كما اذا وقف على اولاده ثم على اولادهم ثـم على اولاد اولادهم وهكذا صح ^{۲۱}.

(مسألة ٤٣): اذا وقف على اولاده الموجودين أهم على من سبوجد على أن يكون بعد وجوده مقدماً على الموجودين فالظاهر الصحة (٣ الثالث: أن لايكون الوقف عليه على نحو الصرف في المعصية كالصرف في الزنا وشرب الخمر ونسخ كتب الضلال

١) بتقريب ان الحمل في حكم المعدوم والمعدوم غيرقابل لأن يملك ويمكن
 أن يرد عليه بأنه قابل لأن يملك اللهم الا أن يقال: بأن عدم تملكه اجماعي ويمكن
 أن يستدل على المدعى بعدم دليل يدل بعمومه او اطلاقه على الصحة في المقام.

۲)بلاكلام ولااشكال فان السيرة الخارجية جارية عليه مضافاً الى النص المخاص
 لاحظ ما رواه عجلان أبو صالح قال أملى ابوعبدالله عليه السلام بسم الله الرحمن
 الرحيم هذا ما تصدق به فلان بن فلان وهو حي سوي بداره التي في بني فلان
 بحدودها صدفة لا تباع ولا توهب حتى يرثها وارث السماوات والارض وانه قد
 أسكن صدقته هذه فلاناً وعقبه فاذا انقرضوا فهي على ذي الحاجة من المسلمين (١)
 لوجود المقتضي وعدم المانع وبعبارة اخرى: مقتضى اطلاق كون الوقوف

على حسب ما اوقفها اهلها جوازه فلاحظ.

١) الوسائل الباب ٦ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ٣

كتاب الوقف في شرائط الموقوف عليه كتاب الوقف في شرائط الموقوف عليه ونحو ذلك (١٠ .

(مسألة ٤٤) : يجوز وقف المسلم على الكافر (٢٠ .

١)كما هو ظاهر اذ لايعقلان الشارع ينهى عن امورومع ذلك يجعل الوقف
 باعتبار تلك الامور مشروعاً وصحيحاً فانهجمع بين الضدين .

 γ) لوجود المقتضي وعدم المانع فان قوله عليه السلام: « الوقوف على حسب ما يقفها اهلها انشاء الله » (* 1) ، باطلاقه يشمل المقام وربما يقال: ان قوله تعالى لا تجد قوماً يؤمنون بالله واليوم الاخريو ادون من حاد الله ورسوله ولو كانوا آبائهم (* γ) ، يقتضي عدم الصحة للنهي عن مودة من حاد الله ومثله قوله تعالى ايضاً يا ايها الذين آمنو الاتتخذو اعدوي وعدو كم اولياء تلقون اليهم بالمودة (* γ).

واجاب السيد اليزدي قدس سره في ملحقات عروته بأن المنهي عنه المودة معهم من حيث كو نهم يحادون الله فلا ترتبط الآية بالمقام ويرد عليه انه لادليل على التقييد بل مقتضى الاطلاق عموم الحكم .

ولكن يمكن الجواب عن الاستدلال بالاية او لابأن المستفادمن قوله لاينهيكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين (*٤) أن المنهي عنه الموادة مع جماعة خاصة من الكفار لامطلقاً بل صرح في الاية الشريفة بعدم النهي عن الموادة على نحو العموم وثانياً: ان النهي عن الموادة تكليفي وغايته اقتضائه حرمة الوقف عليهم لكن

١) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث: ٢

٢) المجادلة / ٢٢

٣) الممتحنة / ١

٤) المتحنة /٨

لامنافاة بين حرمة الوقف تكليفاً وصحته وضعاً .

مضافاً الى مايقتضى موادتهم ولو في الجملة لاحظ قوله تعالى «وان جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفاً (١) وقوله تعالى ايضاً ووصينا الانسان بوالديه احسانا حملته امه كرهاً ووضعته كرها وحمله وفصاله ثلثون شهراً حتى اذا بلغ اشده وبلغ اربعين سنة قال رب اوزعنى أن اشكر نعمتك التي انعمت على وعلى والدي (* ٢).

ولاحظ ما رواه مصادف قال كنت مع أبي عبدالله عليه السلام فيما بين مكة والمدينة فمررنا على رجل في اصل شجرة وقد القى بنفسه فقال: مل بنا الى هذا الرجل فانى اخاف أن يكون قد أصابه عطش فملت اليه فاذا رجل من القراشين طويل الشعرفسأله اعطشان أنت ؟ فقال: نعم فقال لي انزل يامصادف فاسقه فنزلت وسرنا فقلت هذا نصراني أفتصدق على نصراني؟ فقال: نعم اذا كانوا في مثل هذه الحال (* ٣).

ولاحظ الباب ٤٩ من ابواب الصدقةمن الوسائل الى غير ذلك من النصوص الدالة باطلاقها أو عمومها على جواز الاحسان على الكافر والله العالم .

وأما ما في بعض الكلمات من عدم الجواز لاشتراط الوقف بقصد القربة ولا يمكن قصد التقرب في الوقف على الكافر فنقول: على فرض تسليم عدم امكان قصد القربة وتسلمه ، يرد على الاستدلال انه لادليل على اشتراط الوقف بقصد القربة بل يصح ولو مع عدم قصد القربة ولذا قلنا انه لامنافاة بين كونه حراماً وبين كونه صحيحاً.

١) لقمان/١٥

٢) الاحقاف/١٥

٣) الوسائل الباب ١٩ من ابواب الصدقة الحديث : ٣

(مسألة ٤٥ : يجوز الوقف على المماوك قنآكان أم كان غيره على نحو التمليك (١ أم الصرف(٢ .

(مسألة ٤٦): اذاوقف على مالايصح الوقف عليه وما يصح على نحو النشريك بطل بالنسبة الى حصة الاول وصح بالنسبة الى حصة الثانى (٣ وان كان على نحو الترتيب فان كان الاول مقدماً فالاقوى بطلانه رأساً وان كان مؤخراً كان من المنقطع الاخر فيصح فيما يصح الوقف عليه و يبطل فيما بعده (٤ .

(مسألة ٤٧): اذا وقف على ما يصح الوقف عليه ثــم على ما لايصح الوقف عليه ثم على ما يصح الوقف عليه كان من المنقطع الوسط فيصح في الاول ويبطل فيما بعده مطلقاً حتى في الاخير (° .

١) بناء على جواز تملك العبد فان مقتضى اطلاق دليل جواز الوقف جوازه
 على المملوك كما افاده الماتن .

٢)كما هـو ظاهر فانه يجوز على نحو الصرف ولو على القول بعدم قابليـة
 العبد لأن يكون مالكاً .

٣) يشكل ما أفاده اذا كان المقصود المقيد بما هو مقيد نعم اذا كان المقصود
 العموم الاستغراقي صح ما أفاده من البطلان بالنسبة والصحة كذلك .

إن المفروض بطلان الاول فيكون من مصاديق الوقف المنقطع الاول والمفروض بطلانه كما تقدم وأما في الصورة الثانية فلامانع من صحته بالنسبة الى الأول و بطلانه بالنسبة الى الثاني فان انقطاع الاخر لا يوجب البطلان .

ه) أماالصحة في الأول فلوجود المقتضى وعدم المانع وأما البطلان في الثاني

فصل في بيان المرادمن بعض عبارات الواقف

(مسألة ٤٩): اذا وقف مسلم على الفقراء او فقراء البلدفالمراد فقراء المسلمين واذاكان الواقف من الشيعة فالمراد فقراء الشيعة واذا كان كافراً فالمراد فقراء اليهود كان كافراً فالمراد فقراء اليهود وان كان نصرانياً فالمراد فقراء النصارى وهكذا وكذا اذا كان سنياً فالمراد فقراء السنيون على مذاهب بحيث لا ينعطف بعضهم على بعض اختص بفقراء مذهب الواقف (٢).

فلفرض عـدم جوازه وعــدم تمامية الشرائط وأما البطلان في الثالث فلعدم جواز الوقف في فرض كونه منقطع الاول.

١)والوجه فيهانه لااجماع على البطلان في المقام ومقتضى اطلاق دليل الصحة صحته مضافاً الى أن المالك في امثال المقام هو الكلي فلا يتوجه اشكال ان المعدوم غير قابل لكونه مالكاً فان الكلي قابل لأن يملك ولذا تكون العين الزكوية لكلي الفقير والخمس لكلي السيد ولولم يكن فرد للكلي في الخارج بالفعل وصفوة القول انه لاريب في تمامية ما أفاده والله العالم.

الانصاف ان الجزم بما افاده مشكل فان النفوس مختلفة والأراء متفاوتة
 فلا يمكن أن يلتزم بأن اهل كل ملة يكون قاصداً لخصوص فقراء تلك الملة فعلى

(مسألة ۵۰): اذا وقف على الفقراء او فقراء البلد أو فقراء بنى فلان او الحجاج او الزوار او العلماء او مجالس العزاءلسيد الشهداءعليه السلام اوخصوص مجالس البلد فالظاهر منه المصرف فلا يجب الاستيعاب وان كان الافراد محصورة نعه اذا وقف على جميعهم وجب الاستيعاب (افان لم يمكن لتفرقهم عزل حصة من لم يتمكن من ايصال حصته اليه الى زمان التمكن (أواذا شك في عددهم اقتصر على الاقل المعلوم (والاحوط له التفتيش والتفحص واذا قال: هذا وقف على اولادي أو ذريتي اواصهاري اوارحامي او تلامذتي او مشايخي او جيراني فالظاهر منه العموم فيجب فيه الاستيعاب (و

هذا لابدمن رعاية العرف العام في مقام استفادة المقاصد فلاوجه للتقييد والتخصيص نعم لودلت على الاختصاص قرينة حالية أو مقالية لامناص عن الالتزام بالاختصاص كما انه لولم يحرز الظهور العرفي لابد من التقييد من باب كونه المتيقن.

اذ مع فرض كون الظاهر من اللفظ كون المذكور من مصرف الوقف
 لايجب الاستيعاب كما هو ظاهر وأما مع فرض كون الوقف على جميعهم وجب
 الاستيعاب .

۲) اذ يجب حفظ مال الغير لأن يوصل اليه .

٣) لعدم الدليل على الأكثر بل مقتضى الاصل عدمه .

٤) لااشكال في حسن الاحتياط سيما في الأموال والأنفس والأعراض.

ه) لا يبعد أن يكون الأمركما أفاده الماتن والعرف ببابك .

(مسألة ۵۱): اذا وقف على المسلمين كان لمن يعتقد الواقف اسلامه فلايدخل في الموقوف عليهم كل من يعتقد الواقف كفره وان اقر بالشهادتين (1 ويعدم الوقف المسلمين جميعاً الذكور والانات والكبار والصغار (۲).

(مسألة ۵۷): اذا وقف على المؤمنين اختص الوقف بمـن كان مؤمناً في اعتقاد الواقف فاذا كان الواقف اثنى عشرياً اختص الوقف بالاثنى عشرية مـن الامامية (٣ ولا فرق بين الرجال والنساء والاطفال والمستضعفين ولا بين العدول والفساق (٤ وكذا اذاوقف على الشيعة (٥ نعم اذاكان الواقف على الشيعة من بعض الفرق الاخر

وصفوة القول: ان الميزان بالظهور ولا وجه لرفع اليدعن الظهور العرفي بمجرد الاعتقاد الا أن يقال: انه لااشكال في أن الامور النفسية تؤثر في الظهور اللفظي فاذا امر المولى عبده باشتراء عبد مسلم ولايعتقد اسلام غير الشيعي لا يجوز للعبد أن يشتري له عبداً غير شيعي مع علمه باعتقاد المولى فان الاعتقاد يكون قرينة على كون المراد من المسلم الشيعي فلاحظ.

١ يمكن أن يرد عليه بأنه لاوجه للاختصاص كما تقدم فان المفروض ان الواقف قصد ما هو الظاهر من اللفظ ولا وجه للتقييد وبعبارة اخرى: يكون المقام نظير الخطأ في التطبيق.

٢)كما هو مقتضى الظهور العرفي والعرف ببابك .

٣) الكلام فيه هو الكلام والتقريب لاثبات المدعى هو التقريب .

٤) لشمول اللفظ جميع ما ذكر في المتن .

ه) لعين الملاك ووحدة المناط.

من الشيعة فالظاهر مـن الشيعة العموم للاثنى عشرية وغيرهم ممن يعتقد الخلافة لعلى عليه السلام بلا فصل (١٠)

(مسألة ۵۳): اذا وقف في سبيل الله تعالى اوفي وجوه البـــر فالمراد منه ما يكون قربة وطاعة ۲۰ .

(مسألة ۵٤): اذا وقف على ارحامه أو اقار به فالمرجع فيــه العرف (^۴ واذا وقف، على الاقرب فالاقربكان على كيفية الارث^{(٤}

(مسألة ۵۵): اذا وقف على اولاده اشترك الــذكر والانثى والخنثى (* نعم اذاكان العرف الخاص لبعض البلاد خصوص الذكر اختص به دون الانثى وكذا الحال اذا وقف علــى اولاده و اولاد اولاده .

اولاده (۲ .

١) يردعليه انه ما الوجه في التفريق بين الموارد فان الاسماعيلية مثلالا يعتقدون بكون غيرهم على الطريق الحق وكذا الزيدية بالنسبة الى غيرهم فالتقريب المتقدم للاختصاص يجري في المقام ايضاً.

٢) يرد عليه ان وجوه البر لاتختص بالامور العبادية بل يعم الامورالتوصلية
 ايضاً فلاوجه للاختصاص فلاحظ .

٣) فان الظهور العرفي حجة فلابد من اتباعه في جميع الموارد الا معقيام
 القرينة على خلافه .

٤) اذ روعي في طبقات الارث عنوان الأقـرب فالأقرب ولا يبعـد أن يفهم
 العرف من هذه الجملة الاشارة الى مراتب الارث فلاحظ.

ه) للظهور العرفي غيرالقابل للانكار .

ت) فان الميزان بالظهور والااشكال في تقديم العرف الخاص على العام في المقام.

(مسألة ٥٦): اذا وقف على اخوتسه اشترك الاخوة للابوين والاخوة للاب فقط والاخوة للام فقط بالسوية وكذا اذا وقف على اجداده اشترك الاجداد لابيه والاجداد لامه وكذا اذا وقف علمي الاعمام أو الاخوال فانه يعم الاعمام للابوين والاب وللام وكذلك الاخوال ولا يشمل الوقف على الاخوة اولادهم ولاالاخوات ولا الوقف على الاخوة الاب والام واخوالهما (الوقف على الاعمام والاخوال اعمام الاب والام واخوالهما (العمات مطلقاً والخالات كذلك (أ.

(مسألة ۵۷): اذا وقف على ابنائه لـــم تدخل البنات ^۳ واذا وقف على ذريته دخل الذكروالانثى والصلبي وغيره ^{(٤} .

(مسألة ۵۸): اذا قال: هــذا وقف على اولادي ما تعاقبواو تناسلوا فالظاهر منه التشريك (واذا قال: وقف على اولادي الاعلى فالاعلى فالظاهر منه الترتيب (واذا قال: وقف على اولادي نسلا بعد نسل اوطبقة بعد طبقة أوطبقة فطبقة ففي كونه للنرتيب اوللنشريك

١)كل ذلك للظهور العرفي.

٧) لعدم صدق العم على العمة ولا الخال على الخالة .

٣) لعدم صدق الابن على البنت.

٤) لصدق الذربة على الجميع بحسب الظهور العرفي.

ه) الأمركما أفاده اذ لادليل على الترتيب فيكون من مصاديق التشريك .

٦) فانه ظاهر بل نص في الترتيب.

كتاب الوقف في بعض عبارات الواقف _______ 841 _______ قو لان والاظهر الاول 17 .

(مسألة ٥٩): اذا ترددالموقوف عليه ببن عنوانين أوشخصين فالمرجع في تعيينه القرعة (٢ واذا شك في الوقف أنه ترتيبي أو تشريكي فان كان اطلاق في عبارة الواقف كان مقتضاه التشريك (٣ وان لم يكن اطلاق اعطي اهل المرتبة المحتملة النقدم حصتهم (٤ واقرغ في الحصه المرددة هينهم وبين من بعدهم فيعطى من خرجت القرعة باسمه (٥).

(مسألة ٦٠): اذا وقفعلى العلماء فالظاهرمنه علماء الشريعة فلايشمل علماء الطب والنجوم والهندسة والجغرافيا ونحوهم (٦)

(مسألة ٦١) اذاوقف على اهل بلد اختص بالمواطنين والمجاورين منهم ولايشمل المسافرين وان نووا اقامة فيه (٧.

(مسالة ٦٢): اذا وقف على مسجد أو مشهد صرف نماؤه في

١) الظاهران الأمركما أفاده بحسب الظهور العرفي وعلى فرض الشك يكون
 مقتضى القاعدة التوسل بالقرعة .

٢) فانها لكل أمرمشكل سيما في الامورالمالية الواقعه مورد الترديدوالشك

٣) اذ الاطلاق حجة والمفروض ان مقتضاه التشريك بحسب الفهم العرفي .

٤) لعدم الشك في هذا المقدار وانه لهم على كلا التقديرين .

ه) لكون القرعة من طرق الكشف.

٦) للقرينة المتصلة الموجبة لأنصراف اللفظ الى الطائفة الخاصة .

γ) ما افاده ظاهر واضح فان المقيم لايصدق عليه انه من اهل البلد .

مصالحه من تعمير وفراش وسراج وكنس ونحوذلك من مصالحه ١٠ وفي جواز اعطاء شيىء من النماء لامـام الجماعة اشكال (٢ الا أن تكون قرينة على ارادة ما يشمل ذلك فيعطى منه حينئذ (٣.

(مسألة ٦٣): اذا وقف على الحسين عليه السلام صرف في العامة عزائه مع بذل الطعام فيه و يدونه (٤ والاحوط اهداء ثواب ذلك اليه عليه السلام (٥ ولافرق بين اقامة مجلس للعزاء وأن بعطي الذاكر لعزائه عليه السلام في المسجد أو الحرم أو الصحن أو غير ذلك (٦).

(مسأله ٦٤): اذا وقف على ميت أو أموات صرف في مصالحهم الاخروية من الصدقات عنهم وفعل الخيرات لهم واذا احتمل اشتغال ذمتهم هالديون صرف ايضاً في افراغ ذمتهم (٧٠.

١) فان المذكورات من الامور الراجعة الى مصالح المسجد والمشهدة يجوز الصرف بالنسبة الى كلها .

٢) الظاهر أن الأشكال ضعيف.

٣)كما هو ظاهر .

٤) فانه مقتضى الاطلاق المنعقد في عبارة الوقف.

ه) الاشكال فــي حسن الاحتياط لكن الوجه له على نحو اللزوم بل يمكن ان
 يتصور على نحو الايكون له ثواب بأن الايقصد القربة في العمل فلاحظ .

٦) للاطلاق وعدم ما يقتضي التقييد .

٧) فان انتفاع الميت في تلك الدار بهذه الامور فلابد من صرف الموقوف

(مسألة ٦٥): اذاوقف على النبي صلى الله عليه وآله والاثمة عليهم السلام صرف في اقامة مجالس لذكر فضائلهم ومناقبهم ووفياتهم وبيان ظلاماتهم ونحو ذلك مما يوجب التبصر بمقامهم الرفيع (الاحوط اهداء ثواب ذلك اليهم عليهم السلام (أو لافرق بين امام العصر عجل الله تعالى فرجه الشريف وآبائه الطاهرين (أ.

(مسألة ٦٦) : اذا وقف على اولاده فالاقوى العمــوم لاولاد أولاده واولادهم وان سفلوا⁽¹.

(مسألهٔ ۲۷): اذاقال: هذا وقف على اولادي فاذا انقرض اولادی واولاد اولادي فهو على الفقراء فالاقوی انه وقف علی اولاده الصلبيين وغيرهم على التشريك (°و كذا اذا قال: وقف علی اولادي فاذا انقرضوا وانقرض اولاد اولادي فهو على الفقراء على الاقوی (۲.

١) ما أفاده تام فان المذكورات راجعة اليهم فلابد من صرف الوقف فيها.

۲) الكلام فيه هو الكلام السابق فراجع .

٣) اذ لاوجه للفرق ورجوع أمره الى الحاكم الشرعي كما في عبارة السيد
 اليزدي في ملحقات عروته لاوجه له بل يصرف فيما يرجع اليه أرواحنا فداه ولا
 يكون من قبيل السهم المبارك الراجع أمره الى الحاكم الشرعى .

٤) للظهور العرفي حتى على القول بعدمصدق الولد على الولد مع الواسطة
 الا مجازأ فانه لو قال: هذا وقف على اولادي يفهم منه العموم كما في المتن.
 ٥) الظاهر ان الأمركما أفاده.

٦) بتقريب ان قوله في صدر كلامه وقف على اولادي يقتضي التشريك وذيل

(مسألة ٦٨): اذا قال هذا وقف على سكنى اولادي فالظاهر انه لا يجوز ان يؤجروها ويقتسموا الاجرة بل يتعين عليهم السكنى فيها (افان امكن سكنى الجميع سكنوا جميعاً (اوان تشاحوا في تعيين المسكن فالمرجع نظر الولي (افان تعدد الاولياء واختلف نظرهم فالمرجع الحاكم الشرعي (أواذا اختلف حكام الشرع فالمرجع القرعة (افالمرجع الحاكم الشرعي (افواذا اختلف حكام الشرع فالمرجع القرعة (افوادا اختلف حكام الشرع فالمرجع القرعة في المرجع المداكم الشرعي (افوادا اختلف حكام الشرع فالمرجع القرعة (افوادا اختلف حكام الشرع فالمرجع القرعة الفرجع القرعة المدرج المدرج المدرج الفرعة الفرعة المدرج المدرك ا

كلامه متفرع على الصدر ولا يخلو ما أفاده من شائبة الاشكال اذ لايبعد أن يستفاد من الذيل الترتيب ويكون الذيل قرينة على الصدر ولا اقل من الاجمال.

- ۱ الامركماافاده فان الوقف علىحسب جعل الواقف ويلزم اتباعه و لايجوز تغييره والتصرف فيه .
 - ۲)كما هو ظاهر .
 - ٣) فان المتولي للوقف يكون مرجعاً في امور الموقوفة .
- ٤) فان الحاكم الشرعي يكون ولياً عاماً ومرجعاً في جميع الامور الحسبية
 فالمعتبر نظره .
- ه) الظاهر انه لادليل على مشروعية القرعة في أمثال المقام التي لاواقع لها فانه قد دُل بعض ادلة القرعة على جريانها في مورد تعلق النذر بأول مملوك وقد ملك مماليك دفعة منها : ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل قال : اول مملوك أملكه فهو حر فورث سبعة جميعاً قال : يقرع بينهم ويعتق الذي قرع (* 1) .

ومنها:مارواهعبدالله بن سليمان قال: سألته عن رجل قال: اول مملوك املكه فهو حر فلم يلبث أن ملك ستة أيهم يعتق ؟ قال: يقرع بينهم ثم يعتق واحداً الحديث (*٢).

١ و٢) الوسائل الباب ٥٧ من أبواب العتق الحديث : ١ و٢

ومنها: ما رواه ابراهيم بن عمر عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل قال: اول مملوك املكه فهو حر فورث ثلاثة قــال يقرع بينهم فمن اصابه القرعة اعتق قال والقرعة سنة (*١).

وقد دل بعض النصوص على مورد الشك في كون المولود ذكراً أو انشى منها ما رواه عبدالله بن مسكان قال سئل ابو عبدالله عليه السلام وأناعنده عن مولود ليس بذكر ولا بانشى ليس له الادبر كيف يورث ؟ فقال يجلس الامام ويجلس عنده أناس من المسلمين فيدعون الله ويجيل السهام عليه على اي ميراث يورثه ثم قال وأي قضية اعدل من قضية يجال عليها بالسهام يقول الله تعالى فساهم فكان من المدحضين (* ٢).

ودات طائفة ثالثة في مورد اشتباه الحر بالعبد منها ما رواه حريزعن احدهما عليهما السلام قال قضى امير المؤمنين عليه السلام باليمن في قوم انهدمت عليهم دار لهم فبقى صبيان احدهما مملوك والاخر حر فاسهم بينهما فخرج السهم على احدهما فجعل المال له واعتق الاخر (* ٣).

ودلت طائفة رابعة على مورد واقع متعدد مع امرئة في طهر واحد منها مسارواه سليمان بن خالد عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قضى علي عليه السلام في ثلاثة وقعوا على امرئة في طهر واحد وذلك في الجاهلية قبل أن يظهر الاسلام فاقرع بينهم فجعل الولد للذي قرع وجعل عليه ثلثي الدية للاخرين فضحك رسول الله عليه وآله حتى بدت نواجده قال : وقال : ماأعلم فيها شيئاً الاما قضى

١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب كيفية الحكم الحديث : ٢

٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب مبراث الخشي الحديث: ٤

٣) الوسائل الباب ٤ من أبواب ميراث الغرقي الحديث: ١

واذا امتنع بعضهم عن السكني حينئذ جـاز للاخر الاستقلال فيها (١

علي عليه السلام (* ١).

ودلت طائفة خامسة على مشروعيتها في مورد النزاع في ملك او حق لهواقع ويكون ذو الحق مجهولا منها ما رواه جميل قال قال الطيار لزرارة : ما تقول في المساهمة أليس حقاً ؟ فقال زرارة بلى هي حق ، فقال الطيار : أليس قد ورد انه يخرج سهم المحق ؟ قال: بلى قال فتعال حتى ادعي أنا وانت شيئاً ثم نساهم عليه وننظر هكذا هو فقال له زرارة: انما جاء الحديث بأنه ليس من قوم فوضو اأمرهم الى الله ثسم اقترعوا الا خرج سهم المحق فأما على التجارب فلم يوضع على التجارب فقال الطيار: أرأيت ان كانا جميعاً مدعيين ادعيا ماليس لهما من ان يخرج سهم احدهما ؟ فقال : زرارة : اذا كان كذلك جعل معه سهم مبيح فان كانا ادعياما ليس لهما خرج سهم المبيح (* ٢) .

ومنها ما رواه منصور بن حازم قال سأل بعض اصحابنا أبا عبدالله عليه السلام عن مسئلة فقال : هذه تخرج في القرعة أثم قال : فأي قضية اعدل من القرعة أذا فوضوا أمرهم الى الله عزوجل أليس الله يقول فساهم فكان من المدحضين (* ٣).

وصفوة القول: انه لادليل على مشروعية القرعة في مثل المقام فلابد مسن التوافق بين حكام الشرع وبعبارة اخرى الحاكم الشرعي تشترط فيه العدالة فيجب عليه رفع اليد عن التشاجروبعد رفع التشاجروالخلاف يكون قوله المرجعوأمره يكون نافذاً فلاحظ.

اذ لا يسقط حق و احد منهم بامتناع آخر .

١) الوسائل الباب ٥٧ من أبواب نكاح العبيد والاماء الحديث ٤٠٠

٢) الوسائل الباب ١٣ من ابواب كيفية الحكم الحديث: ٤

٣) نفس المصدر الحديث: ١٧

وليس عليه شيىء لصاحبه (أوان تعذرسكنى الجميع اقتسموها بينهم يوماً فيوماً أوشهراً فشهراً أوسنة فسنة (أوان اختلفوا في ذلك وتشاحوا فالحكم كما سبق (أوليس لبعضهم ترك السكنى وعدم الرضا بالمهاياة والمطالبة بالاجرة حينئذ بالنسبة الى حصته (أ:

(مسألة ٦٩): اذا قال هذا وقف على الذكور من اولادى او ذكور اولادي نسلا بعد نسل أو طبقة بعد طبقة اختص بالذكور من الانات (٥٠).

(مسألة ٧٠): اذا قال: هذا وقف على اخوتــي نسلا بعد نسل فالظاهر العموم لاولادهم الذكور والاناث ^٦.

(مسألة ٧١): اذا قال: هذا وقف على اولادي ثم اولاد اولادي كان النزتيب بين اولاده الصلبيين و اولادهم ولايكون بين اولاد اولاده

١) لعدم المقتضي .

٢) اذ مع عدم امكان سكنى الجميع لابد من القسمة .

٣) الكلام فيه هو الكلام.

٤) احدم الدليل عليه .

ه) للظهور العرفي فان مقتضى الظهيور العرفي حصر النظر في خصوص الذكور طبقة بعد طبقة وعدم اعتبار الاناث وبعبارة اخرى: يفهدم عرفاً كون الموقوف عليهم الذكور بلا وساطة الاناث.

٦) للظهور العرفي .

(مسألة ۷۲): اذا وقف على زيد والفقراء فالظاهر التنصيف وكذا اذا قال: وقف على زيد وأولاد عمروأوعلى اولاد زيد وأولاد عمرو او على العلماء والفقراء (۲).

(مسألة ٧٣): اذا وقف على الزوار فالظاهر الاختصاص بغير اهل المشهد ممن يأتي من الخارج للزيارة (٣ وفي كونه كذلك اذا قال : وقف على من يزور اشكال (٤.

فصل في بعض احكام الوقف

(مسألة ٧٤): اذا تم الوقف لايجوز للواقف ولالغيره التبديل والتغيير في الموقوف عليه بنقله منهم الىغيرهم واخراج بعضهم منه وادخال اجنبي عنهم معهم اذا لم يشترط ذلك (• أما اذا اشترط ادخال

١) الامر كما افاده ظاهراً للظهور العرفي فان الترتيب بين اولاده واولاد اولاده
 ولا مقتضى للترتيب بين اولاد اولاده بل مقتضى القاعدة التشريك .

للظهور العرفي والعرف ببابك .

٣) الأمركما أفاده فانه المتفاهم العرفي من اللفظ.

٤) الظاهر انه يصدق على الزائر الساكن في البلد والعرف ببابك .

ه) فان الوقف على حسب ما اوقفه اهله وبعبارة اخرى: جواز التصرف في الوقف يحتاج الى الدليل والافمقتضى القاعدة الأولية عدم الجوازاذ يجب العمل على طبق الوقف.

من شاء معهم فالظاهر صحته (ا وحينئذ اذا ادخل غيرهـم معهم نفذ واذا لم يدخل احداً الى ان مات بقي الوقف على حاله الاولى (أواذا اشترط اخراج بعضهم فالظاهر صحته ايضاً (أ.

1) الظاهر ان دليل الجواز في نظر الماتن ما رواه ابن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدوله بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده قال: لابأس بذلك وعن الرجل يتصدق ببعض ماله على بعض ولده ويبينه لهم أله أن يدخل معهم من ولده غيرهم بعدأن أبانهم بصدقة ؟ قال ليس له ذلك الا أن يشترط انه من ولد له فهو مثل من تصدق عليه فذلك له (* 1).

فان المستفاد من الخبر المذكور التفصيل بين صورة الاشتراط وعدمه فعلى الأولى يجوز وفي الثانية لايجوز ولكن الانصاف انالمستفاد من الحديث صورة الوقف من الأول على النحو الخاص لاصورة تغييره بعد تماميته فلاحظ.

٢) اذ مع الادخال يصح على مقتضى الحديث المتقدم ذكره آنفاً واما مسع
 عدم الادخال فلا وجه لدخول غير الموقوف عليه فيه فلاحظ .

٣) لم يظهر لي وجه ما أفاده وربما يقال: انه مقتضى قولمه عليه السلام الوقوف على حسب ما يقفها الهلهاان شاء الله (٢*) ولكن الاستدلال على المدعى بهذا التقريب مشكل اذ لايستفاد من هذه الجملة الا صحة كيفية الوقف واما اشتراط التصرف فيه وفسخه من اصله أوفى الجملة أو تبديله بأمر آخر فلا يستفاد من الحديث والا كان تبديله بشيىء آخر جايزاً والظاهر ان الاصحاب لم يلتزموا به والله العالم.

١) الوسائل الباب ٥ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ٢ من ابواب الوقوف والصدقات الحديث: ٢

(مسألة ٧٥): العين الموقوفة تخرج عن ملك الواقف وتدخل في ملك الموقوف علية ويكون نماؤها له نعم اذا كان الوقف وقفاً على الصرف لم تدخل في ملك الموقوف عليه بل بتعين صرف نمائها في الجهة الموقوف عليها على اختلاف كيفيات الوقف (١

1) قال في الحدائق: « اختلف الاصحاب رحمهم الله في أن الوقف هــل ينتقل عــن ملك الواقف أم لا ؟ وعلى الاول فهل ينتقل الى الموقوف عليه أم الى الله تعالى ؟ أم يفصل في ذلك بين ما كان الوقيف لمصلحة أو جهة عامة فانه ينتقل الى الله عزوجل وما كان الموقوف عليه ممن يصح تملكه فانه ينتقل اليه »(* ١) الى آخر كلامه رفع في علو مقامه .

اذا عرفت ماتقدم نقول يظهر من كلام الجواهرفي هذا المقام انه نقل الاجماع على خروج الوقف عن ملك الواقف (* ٢).

ويمكن الاستدلال على المدعى بجملة من النصوص منها: ما رواه احمدبن محمد عن أبي الحسن الثاني عليه السلام قال سألته عن الحيطان السبعة التي كانت ميراث رسول الله صلى الله عليه وآله لفاطمة عليها السلام ؟ فقال: لاانما كانت وقفاً وكان رسول الله يأخذ اليه منها ما ينفق على أضيافه والتابعة يلزمه فيها فلما قبض جاء العباس يخاصم فاطمة عليها السلام فيها فشهد على عليه السلام وغيره أنها وقف على فاطمة عليها السلام وهي الدلال والعواف والحسنى والصافية ومالام ابراهيم والميثب والبرقه (* ٣).

وتقريب الاستدل بهذه النصوص بوجوه: الوجه الاول: انه عبر في هذه النصوص

١) الحداثق ج ٢٢ ص: ٣٢٣

٢) الجواهر ج ٢٨ ص : ٨٨

٣) الفروع من الكانى ج ٧ ص _ ٧٤ باب صدقات النبي وفاطمه والاثمة عليهما لسلام

عن الوقف بالصدقة والصدقة متقومة باخراج العين عن الملك.

الوجه الثاني: انه قد عبر في بعض تلك النصوص بما يدل على كون العين الموقوفة ملكا للموقوف عليه لاحظ ما رواه أبو مريم قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن صدقة رسول الله صلى الله عليه وآله وصدقة على عليه السلام فقال: هي لنا حلال وقال ان فاطمة عليها السلام جعلت صدقتها لبني هاشم وبنى المطلب (* ١).

ومثله الحديث الثانى من الباب فان قوله عليه السلام « صدقتهما لبني هاشم وبني عبد المطلب » يدل على جعل بنى هاشم وبني عبد المطلب مالكا للعين بلحاظ الجار الدال على الملكية .

الوجه الثالث انه عبر في بعض هذه النصوص بقوله بتلابتا اي منقطعة عـن صاحبهاالاول ومبانة عنهلاحظ ما رواه أيوببن عطية قال فيه عليه السلام بشرالوارث في صدقة بتة بتلا (* ۲) فان البتل لغة القطع والبت ايضاً بمعناه .

الوجه الرابع انه قد عين القيم في بعض تلك النصوص الموقوفة لاحظ ما رواه عبد الرحمن الحجاج (* ٣) ولا مجال لجعل القيم مع بقاءالعين في ملك مالكها .

ومما يمكن الاستدلال به على المدعى الارتكاز في أذهان اهل الشرع والعقلاء والعرف فان المرتكز في الأذهان خروج العين الموقوفة عن ملك الواقف اضف الى ذلك انه لايبعد أن يستفاد المدعى من مفهوم صيغة الوقف كقول الواقف وقفت الدار الفلانية على اولادي اذ لو لم تنتقل العين الى الموقوف عليه فماذا يكون

١) نفس المصدر الحديث: ٤

٢) نفس المصدر الحديث: ٩

٣) نفس المصدر الحديث: ٧

المراد من الجملة .

وبعبارة اخرى الوقوف عليهم بمعنى انه لايتجاوزهم فتكون العين حبساً عليهم وان شئت قلت: ان العين مع كونها مملوكة لهم تكون ساكنة وغير متحركة بالحركة الاعتبارية فالنتيجة ان الوقف يخرج عن ملك الواقف ومما تقدم ظهر ان الوقف كما انه يخرج عن ملك الواقفيدخل في ملك الموقوف عليه والذي يدل على المدعى بوضوح ان السيرة جارية على كون أمر الموقوفات الخاصة بيد الموقوف عليهم فانهم يتصرفون فيه وفي شئونه وهذه آية كونهم مالكين .

واستدل على كونه ملكاله تعالى بأن الوقف ازالة للملك والمنفعة على وجه القربة فانتقل الملك الى الله تعالى كالعتق ولأن الموقوف عليه ممنوع عن البيع ولي مالكاً للوقف لم يكن ممنوعاً عن البيع لأن الناس مسلطون على أموالهم (* ١).

وفى كلا التقريبين اشكال أما التقريب الاول فلأن الوقف لايتوقف على قصد القربة بل يمكن تحققه ولو مع عدم قصد القربة مضافاً الى أن قياسه بالعتق مع الفارق اذ العتق ازالة للملك وتحرير للعين بخلاف الوقف اضف الى ذلك كله ان المعتق لايكون ملكا له تعالى .

واما التقريب الثانى ففيه انه لاتنافي بين كون الشخص مالكا وكونه ممنوعاً عن التصرف ولا فسرق بين الوقف العام والمخاص غاية الأمر يكون المالك في الوقف العام الجامع فانه لووقف على العلماء أو الفقراء يكون الملك للجامع بين العلماء أو الفقراء فلا يتوجه الاشكال بأنه لايمكن أن يكون جميع الأفراد مالكا وترجيح بعضهم على البعض الاخر بلا مرجح فان المالك لو كان هو

١) البحارج ٢ ص ٢٧٢ الحديث : ٧

كتاب الوقف في بعض أحكام الوقف _______

(مسألة ٧٦): اذا اشترط الواقف شرطاً في الموقوف عليه كما اذا وقف المدرسة على الطلبة العدول أو المجتهدين ففقد الشرط خرج عن الوقف الوقف الشترط عليه شرطاً كما اذا وقف على الطلبة واشترط عليهم التهجد في الليل وجب فعل الشرط فان لهم يتهجد فالظاهر انه يخرج عن الوقف ابضاً ١٠.

(مسألة ٧٧) : اذا احتاجت الاملاك الموقوفة الى التعمير أو

الجامع لايكون لهذا الاشكال مجالكما هو ظاهر .

وأما لو كان الوقف على الصرف فيظهر من الجواهر ان الأكثر قائلون بكون العين مملوكة لتلك الجهة الموقوف عليها والظاهرانه لامانع من كون الجهة الخاصة كالمسجد مالكا للمين الموقوفة فان اعتبار الملكية خفيف المؤنة فاذا قلنا هذا الفرش للمسجد يكون صحيحاً ولا تتوقف الملكية على كون المالك من الأناسي بل تتصور الملكية للجمادات ايضاً فعلى هذا لامانع عن القول بالانتقال من ناحية الثبوت غاية ما في الباب انه يمكن أن يقال كما قيل للادليل في مقام الاثبات على هذه الدعوى ويمكن أن يقال انه لافرق في مقام الانشاء من قبل الواقف بين الموارد فانسه يخرج العين عن ملكه ويدخلها في ملك الموقوف عليه نعم في خصوص المسجد لايكون الوقف على نحو التمليك بل تحرير فقط وهذا الفرق على اجماله لعلمه ارتكازي هذا ما يخطر ببالي القاصر في هذه العجالة والله العالم بحقائق الامور

۲) هذا الوجوب شرطي اي لولم يتهجد يحرم عليه أن يسكن في المدرسة
 فانه كالأجنبي فلاحظ .

الترميم لاجل بقائها وحصول النماء فان عين الواقف لهاما يصرف فيها عمل عليه (اوالاصرف من نمائها وجوباً مقدماً على حق الموقوف عليهم (أواذا احتاج الى التعمير بحيث لولاه لم يبق للبطون اللاحقة فالظاهر وجوبه وان ادى الى حرمان البطن السابق (أنه).

(مسألة ٧٨): الثمر الموجود على النخل أوالشجر حين اجراء صيغة الوقف باق على ملك مالكها ولايكون للموقوف عليه وكذا الحمل الموجود حينوقف الدابة واللبن والصوف الموجودان حين وقف الشاة (٤٠ و كذلك ما يتجدد من الثمر أو الحمل أو اللبن أو الصوف ونحوها بعد انشاء الوقف وقبل القبض (٥).

۱)كما هو ظاهر فان المفروض ان الواقف هكذا وقف والوقف علىحسب
 ايفاف اهله .

٢) بتقريب ان مقتضى الارتكاز جعل الوقف كذلك وبعبارة اخرى الواقف
 بارتكازه جعل النماء للترميم فان بقاء العين الموقوفة مطلوبه الاولى فيجب الصرف
 فيه .

٣) بعين البيان المتقدم فان مطلوب الواقف اولا بقاء العين فيجب .

٤) بتقريب ان النماء تابع للملك فمادام العين باقية في ملك المائك يكون نمائهاله ولا مقتضي لخروجها عن ملكه وأمابعد تمامية الوقف يكون النماء الموجود قبل الوقف نماء الملك لانماء الوقف فلا وجه لصيرورته ملكا للموقوف عليه وأما النماء المتجدد فهو يصير ملكاً لهفلاحظ.

ه) على تقدير عدم تمامية الوقف الا بالقبض فالمسئلة مبنائية .

(مسأله ٧٩): اذا وقف على مصلحة فبطل رسمها كما اذاوقف على مسجد فخرب أومدرسة فخربت ولم يمكن تعمييرها أولم بحتاجا الى مصرف لانقطاع من يصلي في المسجد أو مهاجرة الطلبة أو نحو ذلك فان كان الوقف على نحو تعدد المطلوب كما هو الغالب صرف نماء الوقف في مسجد أو مدرسة اخرى ان أمكن والا ففي وجوه البرالاقرب فالاقرب المارب.

(مسأله ۸۰): اذا جهل مصرف الوقف فان كانت المحتملات منصادقة صرف فى المتيقن كما اذا لم بدران الوقف وقف على العلماء مطلقاً أو على خصوص العدول أو الفقراء أو لم يدران الوقف وقف على العلماء على العلماء أو الفقراء فانه يصرف فى الفرض الاول على العلماء العدول أو الفقراء وفى الفرض النانى على العلماء الفقراء وفى الفرض النانى على العلماء الفقراء وفى الفرض النانى على العلماء الفقراء وفى الوضوة تصدق به اذا كان التصدق من الوجوه المحتملة للوقف والاصرفة فى وجه آخر من الوجوه المحتملة (٣

١) بتقريب ان هـذه المراتب مقصود الواقف ومن مرتكزاته فيكون المقدر كالمذكور وبعبارة اخرى: يصح أن يقـال: ان الواقف هكذا وقف ولولم تكن التفاصيل مورداً للحاظه على النحو التفصيل ويكون المقام نظير الشروط الضمنية التي تعتبر عند العقلاء بملاحظة كونها اموراً ارتكازية فلاحظ.

اذ الصرف في المتيقن عمل بالوظيفة قطعاً فلا اشكال فيه .

٣) قد استدل السيد اليزدي في الملحقات برواية ابن راشد قال: سألت أبا
 الحسن عليه السلام قلت: جعلت فداك اشنريت ارضاً الى جنب ضيعتى بألفى

وانكانت الوجوه محصورة كما اذا لم يدران الوقف على المسجد الفلاني أوعلى المسجد الاخر أولزيد أولعمرو على نحو المصرف أوعلى نحوالنمليك فالاقرب الرجوعالى القرعة في تعيين الموقوف عليه (١).

(مسألة ٨١): اذا آجر العين الموقوفة البطن الاول من الموقوف عليهم في الوقف الترتيبي وانقرضوا قبل انقضاء مدة الاجارة لم تصح الاجارة بالنسبة الى بقية المدة (٢

درهم فلما وفيت المالخبرت ان الأرض وقف، فقال لايجوز شراء الوقف ولاتدخل الخلة في مالك وادفعها الى من وقفت عليه قلت : لاأعرف لها رباً قال : تصدق بغلتها (* ١) .

وهذه الرواية لاتر تبط بالمقام بل المستفاد من الحديث ان المكلف اذا لم يمكنه الوصول الى الموقوف عليه يتصدق بغلتها وكلا منا فيما نحن في حكم الوقف الذي يكون مصرفه مجهولا مضافاً الى ضعف سند الحديث.

والذي يختلج بالبال أن يقال: ان مقتضى القاعدة الرجوع السى القرعة اذ لاوجه للتفريق بين كسون الأطراف محصورة وبين ما يكون غير محصور نعم اذا كانت الدائرة على نحو لا يمكن أن يقرع بين اطرافها يلزم بحكم العقل اختيار احد الاطراف و ترجيح التصدق على غيره على فرض كونه من الاطراف موافق للاحتياط وأما اللزوم فلا .

١) فان القرعة لكل أمر مشكل سيما في الامور المالية والله العالم .

٢) لأن المفروض ان الاجارة وقعت على ملك الغير فلا تصح وبعبارة اخرى

١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب عقد البيع وشروطه

كتاب الوقف في بعض أحكام الوقف التشريكي اذا ولد في اثناء المدة من يشارك وكذا الحكم في الوقف التشريكي اذا ولد في اثناء المدة من يشارك الموقوف عليه المؤجر فانه لاتصح الاجارة بالنسبة الى حصته (الطاهر صحتها بالاجازة من البطن الثاني في الصورة الاولى ومن الشريك في الصورة الثانية فيكون للمجيز حصته من الاجرة ولا يحتاج السي تجديد الاجارة (العلم وانكان احوط (العم اذا كانت الاجارة من الولي لمصلحة الوقف صحت ونفذت (العم وكذا اذا كانت لمصلحة البطون اللاحقة اذا كانت له ولاية على ذلك فانها تصح (ويكون للبطون اللاحقة حصتهم من الاجرة (١٠).

(مسألة ٨٢): اذا كانت للعين الموقوفة منافع مختلفة وثمرات متنوعة كان الجميع للموقوف له مع اطلاق الوقف فاذا وقف الشجر

المنفعة بعد انقراض البطـن الاول تكون للبطن الثاني فلا ولاية للبطن الأول في تمليكها من الغير بالاجارة .

١) اذ معفرض الشركة لاتصح اجارة حصة الشريك بلا رضاه .

٢) لصحة الفضولي مع الأجازة.

٣) لعل الوجه في الاحتياط الخروج عن شبهة الخلاف .

إلان الاجارة في مفروض الكلام صدرت من اهلها ووقعت في محلها وان شئت قلت : الاجارة الصادرة عن الولي بعد فرض كونها لمصلحة الوقف تامةولا وجه لبطلانها .

ه) الكلام فيه هو الكلام فلاحظ.

٦)كما هو ظاهر .

أو النخل كان ثمرتهما ومنفعة الاستظلال بهما والسعف والاغصان والاوراق اليابسة واكمام الطلع والفسيل ونحوها مما هو مبني على الانفصال للموقوف له(ا ولا يجوز للمالك ولالغيره التصرف فيها(الاعلى الوجه الذي اشترطه الواقف (".

(مسألة ٨٣): الفسيل الخارج بعدد الوقف اذا نما واستطال حتى صار نخلا أو قلع من موضعه وغرس في موضع آخر فنما حتى صار مثمر الايكون وقفاً بل هو من نماء الوقف⁽⁾ فيجوز بيعهو صرفه في الموقرف عليه (° وكذااذا قطع للاصلاح بعض الاغصان الزائدة وغرس فصار شجرة فانه لايكون وقفاً بل هجري عليه حكم نماء الوقف من جواز بيعه وصرف ثمنه في مصرف الوقف (٦).

١) لأن المفروض اطلاق الوقف ولازم الاطلاق عدم التقييد ومنفعة الوقف
 للموقوف عليه فالمنافع كلها للموقوف عليه .

٢) اد التصرف في ملك الغير لايجوز الا مع الادن.

٣) اذ أمرالوقف بحسب الجعل بيد الواقف فاللازم رعاية جعله ومتابعته .

إن الأوجه لكونه داخلا في الوقف ولا مقتضي له وبعبارة اخرى: الفصيل
 الخارج بعد الوقف لم تشمله دائرة جعل الوقف فيكون نماءً له .

ه)كبقية النمائات التي يجوز بيعها لمصلحة الموقوف عليه .

٦) الكلام فيه هو الكلام اذ بعد القطع يخرج عن دائرة الوقف ويدخل تحت عنوان النماء فيترتب عليه حكمه ولقائل أن يقول: ان المفروض كونه وقفاً ويمكن ابقائه كذلك بغرسه فيجب التحفظ عليه فيكون باقياً على عنوانه الأولى .

(مسألة ٨٤): اذا خرب المسجد لم تخرج العرصة عن المسجدية (اوان تعذر تعميره (وكندا اذا خربت القرية التي هو فيها حتى بطل الانتفاع به الى الابد (وأما غيره من الاعيان الموقوفة فانها اذا تعذر الانتفاع بها في الجهه المقصودة للواقف لخرابها وزوال منفعتها فانه يجوز حينئذ بيع بعضها وعمارة الباقي للانتفاع به فان لم يمكن ذلك جازبيعها و تبديلها بما يمكن الانتفاع به واذا تعذر الانتفاع بها لانتفاء الجهة الموقوف عليها صرفت منافعها فيما هوالاقرب فالاقرب فاذاكان الوقف وقفاً على اقامة عزاء الحسين عليه السلام في بلد خاص ولم يمكن ذلك صرف منافعه في الموقوف عليه السلام في بلد خاص ولم يمكن ذلك صرف منافعه في الموقوف عليه تبطل وقفيتها (الموقوف عليه تبطر الانتفاء الموقوف عليه تبطر الانتفاء الموقوف عليه تبطر الوقوف عليه تبطر الوقوف عليه تبطر الوقوف الموقوف الوقوف الموقوف المو

العدم ما يقتضي خروج العرصة عن كونها مسجداً بل هي باقية علىحالها
 اذ لادليل على كون التعذر موجباً لزوال العنوان والقاعدة الأولية تقتضي بقائها على ما كانت .

٣) لعين التقريب .

٤) قد تعرض الماتن لهذا الفرع في مسئلة (١٣) من فروع جواز بيع الوقف
 في كتاب البيع وتكلمنا حول كلامه وشرحناه فراجع ما ذكرناه هناك .

ه) بتقريب ان الترتب المذكور مركوز في ذهن الواقف ويكون المقدر كالمذكوركما مر في نظيره قريباً.

٦) الحق ان يعبر بانقضاء امدالوقف وبعبارة اخرى: يكشف انه كان وقفاً بهذا

وترجع ملكا للواقف على ما تقدم فان لم يكن موجوداً كان لورثته الواقف ولم تبطل منفعته به بقى له منفعة معتد بها قليلة أوكثيرة فان أمكن تجديده وانكان باجارته مدة وصرف الاجارة في العمارة وجب ذلك (٢ وان لم يمكن فالظاهر بقاء الوقفية بحالها وتصرف منافعه في جهة الموقوف عليها مثلا اذا وقف بستاناً للمسجد فانقطع عنها الماء حتى يبس شجرها أو انقلع وبقيت عرصة وأمكن ايجارها وجب ذلك وصرفت الاجرة في مصالح المسحد (٣ نعماذا فهم من القرائن ان الوقفية قائمة بعنوان البستان كما اذا وققها للتنزه أو للاستظلال بطلت الوقفية بذهاب عنوان البستان وترجم ملكا

المقدار ويكون من مصاديق الوقف المنقطع الاخر وقد تقدم كونه صحيحاً .

١) بل الصحيح ان العين لـم تخرج عن ملكه الا بهذا المقدار والزايد عليه كان باقياً في ملكه فعلى تقدير بقائه يكون هو المرجع وعلى تقدير موته يكون أمر العين راجعاً الى ورثته .

٢)كما تقدم وقلنا الواقف بارتكازه يجعل المنافع اولا للصرف في نفس العين
 ثم للموقوف عليه و بعبارة اخرى : لابد من التحفظ على الوقف مادام ممكنا .

٣) اذ لامقتضي لزوال عنوان الوقف بل هو باق بحاله .

٤) بل الصحيح في التعبير أن يقال: تنقضي مدة الوقف بزوال عنوان البستان وامرها راجع الى الواقف اذ لم تخرج العين عن ملكه الا مدة والمفروض انقضاء تلك المدة فلاحظ.

(مسألة ٨٥): يجوز وقدف البستان واستثناء نخلة منها ¹¹ ويجوز له حينئذ الدخول اليها بمقدار الحاجة ¹⁷كما ان له ابقاءها مجاناً⁷ وليس للموقوف علبهم قلعها⁽⁴ واذا انقلعت ليس له حق في الارض فلا يجوز له غرس نخلة اخرى مكانها ⁽⁶ وكذا بجوز في وقف الدار استثناء غرفة منها ¹⁷ ولكن اذا خربت بقيت الارض له لان الارض جزء الغرفة ⁽⁷

(مسألة ٨٦): اذاكانت العين مشتركة بين الوقف والملك الطلق ٨٦): اذاكانت العين مشتركة بين الطلق ٩٠ ويتولى الطلق جواز القسمة المالك للطلق ومتولى الوقف ٩٠ بــل الاقوى جواز القسمة

١) فان المالك له التصرف في ماله علىجميع الأنحاء وبعبارة اخرى : هذا حكم على طبق القاعدة الأولية .

۲) فانه من لوازم ملكه كما لو كانت نخلة لزيد في دار بكر فانه يجوز لزيد
 الدخول والتصرف في نخله كما هو ظاهر .

٣) اذ المفروض انه ملكه واستثناه من الوقف فله ابقاءها ولا مقتضى للزوم
 العوض عليه .

٤) فان التصرف في مال الغير بلا اذن منه حرام.

ه) لعدم المقتضي لبقاء حق له وعليه لايجوز غرس نخلة اخرى مكانها .

٦) الكلام فيه هو الكلام .

γ) الأمركما افاده فان الأرض جزء الغرفة فتكون الأرض له .

٨) فان القسمة على طبق القاعدة الأولية .

٩) فان الأمر بيدهما فالمتصدي للقسمة المالك للطلق والمتولي للوقف.

اذا تعدد الواقف والموقوف عليه كما اذا كانت دار مشتركة بين شخصين فوقف كل منهما نصفه المشاع على اولاده (۱ وكذا اذا اتحد الواقف مع تعددالموقوف عليه كما اذاوقف مالك الدار نصفها على مسجد ونصفها على مشهد (۲ وكذا اذا اتحد الواقف والموقوف عليه اذا لم تكن القسمة منافية للوقف كما اذا وقف أرضاً على اولاده وكانوا اربعة (۳ فانه يجوزلهم اقتسامها ارباعاً فاذا صار له ولد آخر بطلت القسمه وجازاقتسامها اخماساً فاذا مات اثنان منهم بطلت وجاز اقتسامها اثلاثاً وهكذا (٤).

(مسألة ۱۸): لا يجوز تغيير العين الموقوفة اذا علم من الواقف ارادة بقاء عنوانها سواء فهم ذلك من كيفية الوقف كما اذا وقف داره على السكنى فلا يجوز تغييرها الى الدكاكين أم من قرينة خارجية (مل الحافق في انشاء الوقف لم يجز ذلك الما اخا احتمل ذلك ولم يكن اطلاق في انشاء الوقف لم يجز ذلك الدار نعم اذا كان اطلاق في انشاء الوقف جاز للولى التغيير فيبدل الدار

١) لعدم مانع في القسمة .

٢) الكلام فيه هو الكلام .

٣) اذ مع عدم التنافي للوقف لايكون مانع عن القسمة .

٤) لأن هذه القسمة لاتؤثر بالنسبة الى البطون اللاحقة كما صرح به في المتن فلا مانع منها وبعبارة اخرى لاتكون موجبة لتضييع حق احد والمفروض عدم تنافي القسمة مع الوقف .

ه) فان الوقوف على حسب ما أُوقفها اهلها.

٦) لعدم احراز الجواز واصالة عدم ارادة المقيد لايثبت الاطلاق الاعلمي

كتاب الوقف في بعض أحكام الوفف _____

الى دكاكين والدكاكين الى داروهكذا (ا وقد يعلم من حال الوقف ارادة بقاء العنوان مادام له دخـل في كثرة المنفعة فحينئذ لايجوز مادام الحال كذلك فاذا قلت المنفعة جاز التغيير (أ.

(مسألة ٨٨) : اذا انقلعت تخلة من البستان الموقوفة فان كان وقفها للانتفاع بشمرها جاز بيعها (٣ وصرف ثمنها فــي البستان ان احتاج اليه والا ففى الجهة الموقوف عليهــا(٤ واذا وقفها للانتفاع بأي وجهكان فان أمكن الانتفاع بها فى جعلها سقفاً أوعمداً أونحو ذلك لم يجز بيعها (٥ وان بطل الانتفاع بها على حالها جــاز بيعها وصرف ثمنها فى البستان مع الحاجة ومع عدمها فى الجهة الموقوف

القول بالمثبت مضافاً الى أنه تعارضها اصالة عدم ارادة الاطلاق فان الاطلاق كالتقييد ملحوظ في مقام الثبوت وتكون النسبة بينهما نسبة التضاد وأصالة عدم احد الضدين لاتثبت الضد الاخر .

- ١) كما هوظاهر فانه على هذا التقدير يكون العمل على طبق ما قررهالواقف فيكون جايزاً.
 - ٢)كل ذلك بمقتضى ان الوقف تابع لجعل الواقف وانشائه .
- ٣) على ما تقدم في كتاب البيع منجوازبيع الوقف في الفرض المذكور وقد
 تقدم شرح كلام الماتن هناك .
- ٤) على ما تقدم من أن الصرف في العين الموقوفة ان احتاج يقدم على الصرف
 في الجهة الموقوف عليها .
 - ه) لعدم جواز بيع الوقف قبل عروض المجوز .

عليها (١.

(مسألة ۸۹): الامدوال التي تجمع لعزاء سيد الشهداء عليه السلام من صنف خاص لاقامة مأتمهم أو من اهل البلد لاقامة مأتم فيها أو للانصار الذين يذهبون في زيارة الاربعين الي كربلا الظاهر أنها من قسم الصدقات المشروط صرفها في جهة معينة (۲ وليست باقية على ملك مالكها (۳ ولا يجوز لمالكها الرجوع فيها (٤

وما رواه طلحة بن زيد عن جعفر عن أبيه عليه السلام قال: من تصدق بصدقة ثم ردت عليه فلا يأكلها لأنه لاشريك لله عزوجل في شيىء مما جعل له انما هو بمنزلة العتاقة لايصلح ردها بعد ما يعتق (* ٢).

١) على ما تقدم آنفاً والكلام فيه هو الكلام لوحدة الملاك .

الصدقة اما تتحقق بصورة الوقف كماعبر بها في جملة من الأوقاف الصادرة عنهم عليهم السلام واما تتحقق بصورة التمليك والتملك والمفروض ان المقام غير داخل في القسمين المذكورين فأي دليل دل على كونه من الصدقات ولعل الوجه في نظر الماتن السيرة الخارجية وهو كما ترى .

٣) اذ الصدقة اذا تحققت تخرج عن ملك مالكها .

٤) لعدم الدليل على الرجوع بل الدليل قائم على عدم الرجوع فى الصدقة لاحظ ما رواه الحسين ابن علوان عنجعفرعن أبيه ان علياً عليه السلام كان يقول: من تصدق بصدقة فردت عليه فلا يجوز له أكلها ولا يجوز له الا انفاقها انما منزلتها بمنزلة العتى لله فلو ان رجلا اعتى عبداً لله فرد ذلك العبدلم يرجع في الامر الذي جعله لله فكذلك لا يرجع في الصدقة (* ١).

١) الوسائل الباب ٢٤ من أبواب الصدقة الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ١١ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث: ٣

كتاب الوقف في بعض أحكام الوقف ----- • • • ه

وإذا مانت قبل صرفها لا يجوزلوارثه المطالبة بها (اواذا تعذر صرفها في الجهة المعينة فالاحوط صرفها فيماهو الاقرب الى الجهة المخاصة (العمر الحائن الدافع للمال غير معرض عنه ويررى ان الاخذ للمال بمنزلة الوكيل عنه لم يخرج حينئذ عن ملك الدافع وجازله ولورثته ولغرمائه المطالبة به بل يجب ارجاعه اليه عند مطالبته والى وارثه عند موته والى غرمائه عند تفليسه واذا تعذر صرفه فى الجهة الخاصة واحتمل عدم اذنه فى التصرف فيه فى غيرها وجبت مراجعته فى ذلك (الم

(مسألة ٩٠) : لا يجوز بيع العين الموقوفة الا في مواردذ كرناها

١ اذ المفروض خروجهاعن ملك المورث فلامقتضي للمطالبة وكذاللغرماء
 كما هو ظاهر .

٢) بتقريب ان مقصود المالك كذلك .

٣) لبقاء المال في ملكه فيترتب عليه أحكام ملكه ومن هـذا البيان يظهر ان المالك في القسم الأول أعرض عن مملوكه وقد ذكرنا في بعض المباحث السابقة ان الأعراض يوجب خروج الملك عن ملك المعرض كالأموال المنذورة للمعصومين عليهم السلام الموضوعة في الضرايح المقدسة فـان الذي يختلج بالبال ان الناذر يعرض عن ملكه و يجعله حسب نذره في الضريح المقدس وحيث ان الاعراض مخرج للمال عن ملك مالكه لا يبعد أن يقال ان الأموال المشار اليها تدخل في المباحات ولكن الظاهران هذا التقريب غير مرضي عند القوموالله العالم .

(مسألة ٩١): اذا كان غرض الواقف من الوقف حصول شيىء فتبين عدم حصوله لايكون ذلك موجباً لبطلان الوقف فاذا علم ان غرض الواقف من الوقف أن يستعينوا به على طلب العلم أوالاقامة بالمشهد الفلاني أونحو ذلك فلم يترتب الغرض المذكور لم يكن ذلك موجباً لبطلان الوقف وهكذا الحال في جميع الاغراض والدواعي التي تدعو الى ايقاع المعاملات أو الايقاعات فاذا كان غرض المشتري الربح فلم يربح لم يكن ذلك موجباً لبطلان الشراء أو التسلط على الفدخ "٠٠.

(مسألة ۹۲): الشرائطالتي يشترطها الواقف تصح و يجب العمل عليها اذا كانت مشروعة فاذا اشترط أن لايؤجر الوقف اكثر من سنة اولايؤجر على غيراهل العلم لاتصح اجارته سنتين ولاعلى غير اهل العلم ۳۰.

(مَسَأَلَة ٩٣) : تثبت الوقفية بالعلم وان حصل من الشياع (عُ

١) وقد تقدم شرح ما أفاده هناك فراجع .

٢)كما هو ظاهر فان الأغراض والدواعي لاتؤثر في مركز الانشاء ولا أثــر
 لها في تغيير العقود والأيقاعات عما هي عليها فلاحظ.

٣) فإن الوقوف على حسب ما اوقفها الهلها فمادام يكون شرطه وجعله مشروعاً
 يجب العمل به كما إن السيرة الخارجية الجارية في الخارج هكذا.

٤) فان حجية العلم ذاتية فلا فرق بين مناشئه .

(مسألة ٩٤): اذاكان كتاب اواناء قد كتب عليه انه وقف فالظاهر الحكم بوقفيته (عنم اذاكان بيد شخص وادعى ملكيته واعتذر عن الكتابة بعذر مقبول قيل: صدق وحكم بملكيته له فيجوز حينئذ الشراء منه والنصرف باذنه وغير ذلك من احكام الملك (* لكنه لا يخلو عن اشكال (٦).

(مسألة ٩٥): اذاوجدت ورقة في تركة الميت قد كتب عليهاان الشيىء الفلاني وقف فانكان عليه امارة الاعتراف بالوقفية من توقيعه في ذيلها ووضعها في ظرف مكتوب عليه هذه ورقة الوقف الفلاني او نحو ذلك مما يكون ظاهراً في الاعتراف بالوقفية حكم بالوقفية (٧

١) فان ثبوت الموضوعات بالبينة الشرعية من الواضحات.

لنفوذ الاقرار عقلائياً وشرعاً فلاحظ.

٣) لأن صدق الاقرار محدود بهذا الحد فلا أثر له بالنسبة الى الزائد عليه .

٤) لايبعد أن يكون من الظهورات العرفية المعتبرة فيعمل على طبقه .

ه) بتقريب ان اليد امارة الملكية فيعمل بها .

٦) لا يبعد أن يكون وجه الاشكال انه لادليل على حجية اليد حتى مع وجود
 الامارة على خلافها وان شئت قلت : يدخل المقام في تعارض الامارتين فلاحظ .

٧) اذ مع فرض الامارية تكون الحجة تامة فلابد من العمل بها .

والا فلايحكم بها وان علم انها بخط المالك'

(مسألة ٩٦): لافرق في حجية اخبار ذي اليد بين أن يكون اخباراً باصل الوقف وأن يكون اخباراً بكيفيته من كونه ترتيبياً أو تشريكياً وكونه على الذكور فقط أو على الذكور والاناث وانه على نحو التساوي او على نحو الاختلاف "كما انه لافرق في الاخبار بين أن يكون بالقول وأن يكون بالفعل كما اذا كان يتصرف فيه على نحو الوقف أو يتصرف فيه على نحو الوقف الترتيبي او التشريكي او للذكور والاناث أو للذكور دون الاناث و هكذا فال تصرفه اذا كان ظاهراً في الاخبار عن حاله كان حجة كخبره القولي "".

(مسألة ٩٧): اذا كانت العين الموقوفة من الاعيان الزكوية كالغنم والبقر والابللم تجب الزكاة فيها وان اجتمعت فيها شرائط الزكاة (أواما اذا كان نمائها زكوياً كما اذا وقف بستاناً فان كان الوقف على نحو التمليك لاشخاص الموقوف عليهم كما اذا قال: وقفت البستان لاولادي فان بلغت حصة واحد منهم النصاب وجبت

١)كما هو ظاهر اذ اليد امارة الملكية والخروج عنها يتوقف على قيام دليل
 معتبر على خلافها والمفروض عدمه والله العالم .

٢) اذ لاوجه للتفريق فان اقرار ذي اليد نافذ بالنسبة الى ما في يده .

وان شئت قلت قول ذي اليد حجة بالنسبة الى الشئون العارضة لما في يده . ٣) اذ الميزان تحقق الاخبار بـــلا فرق بين مصاديقه فالاخبار الفعلي كالقولي عة .

٤)فان العين الموقوفة لوكانت زكوية لاتجبالزكاة فيها لعدم اجتماعشرائط

الحاق فيه بابان

الباب الاول: في الحبس واخواته .

الوجوب فان الموقوف عليه ليس له التصرف في العين الموقوفة .

١ كما هو ظاهر لتمامية موضوع الوجوب وأما مــع عدم بلوغ الحصة
 لاتجب.

۲) ماأفاده ظاهر وصفوة القول: ان المكلف الشخصي اذا ملك النصاب مع اجتماع الشرائط تجبعليه الزكاة وأما المالك لوكان الجامع أو الجهة فلامقتضي للوجوب كما هوظاهر فان الزكاة واجبة على المكلف مع اجتماع الشرائط المقررة فلاحظ.

٣) اذ في هذه الصورة يكون موضوع الوجوب تاماً فتجب .

٤) قد ظهر الوجه مما تقدم فلاحظ.

(مسألة ۹۸): هجوز للمالك أن هحبس ملكه على جهة معينة يحوز الوقف عليها على أن يصرف نماؤه فيها (ا ولا يخرج بذلك عن ملكه (ا فالكان الحابس قد قصد القربة بحبسه وكان حبسه

الظاهر انه لاخــلاف ولا اشكال في مشروعية الحبس في الجملة وانمــا الاختلاف في الخصوصيات ويدل على مشروعيته من النصوص ما رواه ابن اذينة قال: كنت شاهداً عند ابن أبي ليلى وقضى في رجل جعل لبعض قرابته غلـة داره ولم يوقت وقتاً فمات الرجل فحضر ورثته ابن أبي ليلي وحضر قرابته الذي جعل له غلة الدار فقال ابن ابي ليلي أرى ان ادعها على ما تركها صاحبها فقال محمد بن مسلم الثقفي: اما ان علي بن ابي طالب عليه السلام قد قضى في هذا المسجد بخلاف ما قضيت فقال: وما علمك ؟ فقال: سمعت أبا جعفر محمد بن علي عليهما السلام مذ قضى علي عليه السلام برد الحبيس وانفاذ المواريث فقال: له ابن ابي ليلي يقول قضى علي عليه السلام برد الحبيس وانفاذ المواريث فقال له محمد بن مسلم: على أن لا تنظر من الكتاب الا في ذلك الحديث قال: لك ذلك قال: فاحضر الكتاب واراه الحديث عن أبي جعفر عليه السلام في الكتاب فرد قضيته (*١) فان المستفاد من هذه الرواية جواز الحبيس اجمالا .

۲) لعدم الدليل عليه وان شئت قلت: الخروج عن الملك يتوقف على قيام دلبل عليه ولا دليل على الخروج واقـوال الاصحاب و آرائهم مختلفة كما يظهر بالمراجعة في كلماتهم.

١) الوسائل الباب ٥ من احكام السكني والحبيس الحديث : ١

مطلقاً اومقيداً بالدوام لزم مادامت العين ولم يجز له الرجوع فيه (ا وانكان مقيداً بمدة معينة لم يجز له الرجوع قبل انقضاء المدة (ا واذا انتهت المدة انتهى التحبيس فاذا فال فرسي محبس على نقل الحجاج أوعبدي محبس على خدمة العلماء لزمت مادامت العين باقية واذا جعل المدة عشرسنين مثلالزم في العشرو انتهى بانقضائها (المسالة والماه على خدمة العيس الابعد

(مساله ۹۹): د در جماعه دنيره آنه لا يضح التحبيس الا بعد القبض ولايخلو من اشكال بل الاظهر الصحة بدونه ⁽⁴ ولكنه شرط في اللزوم فيجوز للمالك الرجوع فيه قبل القبض⁽⁹.

(مسألة ١٠٠): اذا حبس ملكه على شخص فان عين مدة كعشر سنين أو مدة حياة ذلك الشخص لزم الحبس في تلك المدة (٢ و بعدها

العدم الدليل على الجواز وبعبارة اخرى بعد نفوذه شرعاً يتوقف جواز الفسخ والرجوع على قيام الدليل عليه وليس فليس.

٢) الكلام فيه هو الكلام.

٣)كما هو ظاهر فان انقضاء الوقت بانقضاء مقدار الجعل.

ويظهر من كلام الماتن ان عدم جـواز الرجوع مقيد بقصد القربة ولقائل أن يقول: ان الحبس اذا لم يكن مقيداً بقصد القربة ويتحقق ولو مع عدمه لايجوز الرجوع أيضاً لعدم الدليل على جوازه الا أن يكون الحكم اجماعياً والله العالم على الاشتراط.

ه) ان تم المدعى بالاجماع التعبدي الكاشف فهو والا فللمناقشة فيه مجال .
 ٢)كما تقدم .

يرجع الى الحابس (واذا مات الحابس قبل انقضاء المدة بقي الحبس على حاله الى أن تنتهي المدة فيرجع ميراثاً (أواذا حبس عليه مدة حياة نفسة يعني الحابس الم يجزله الرجوع مادام حيا فاذا مات رجع ميراثاً (أواذا حبسه على شخص ولم يذكر مدة معينة ولامدة حياة نفسه ولاحياة المحبس عليه ففي لزومه الى موت الحابس و بعد موته يرجع ميراثاً وجوازه فيجوزله الرجوع فيه متى شاء ؟ قولان اقربهما الثاني (أمسالة المراعى والرقبي والعمرى والرقبي (المسالة المراعى) على على الحبس السكنى والعمرى والرقبي (المسالة المراعى)

 ٤) لاارى وجهاً لجواز الرجوعالا أن يقوم اجماع عليه والمفروض عدمه اذ صرح في المتن بأن المسئلة ذات قولين .

وصفوة القول: انه مع الالتزام بالصحة يتوقف الجزم بالجواز على قيامدليل عليه والظاهر عدمه والله العالم .

ه) قال في الحدائق: «ثم انه ينبغي أن يعلم ان الاختلاف في هذه الالفاظ اعتباري بحسب اختلاف ما تضاف والمرجع إلى أمر واحد فاذا قرنت بالاسكان قيل سكنى واذا قرنت بالعمر من المالك أو الساكن قيل عمرى واذا قرنت بمدة معينة قيل رقبى » (* 1).

اعلى طبق القاعدة اذالمفروض عدم الخروج عن ملك الحابس بل الصحيح أن يعبر بتمامية مدة الجيس وصيرورة العين طلقاً اذ المفروض عدم الخروج فــلا موضوع للرجوع .

لا يبعد أن يستفاد المدعى من حيث ابن اذينة فان المستفاد منه انه مع تعيين
 المدة يتعين فلا يزول بموت الحابس كما ان مقتضى صحة الحبس كذلك .

٣)كما هو ظاهر لأن المفروض انقضاء المدة .

١) الحداثق ج ٢٢ ص ٢٧٥

والاولى تختص المسكن والاخير تان تجربان فيه و في غيره من العقار والحيوانات والاثاث و نحوها مما لايتحقق فيه الاسكان فان كان المجعول الاسكان قيل له (سكنى) فان قيد بعمر المالك أوالساكن قيل له ايضاً (عمرى) وان قيده بمدة معينة قيل له (رقبى) واذاكان المجعول غير الاسكان كما في الاثاث و نحوه مما لا يتحقق فيه السكنى لا يقال له سكنى بل قيل (عمرى) ان قيد بعمر احدهما و (رقبى) ان قيد بمدة معينة (۱.

(مسألة ١٠٢): الظاهر ان القبض فيها ليس شرطاً في الصحة بل في اللزوم كما تقدم في الحبس^{(٢}.

وعلى هذا تكون النسبة بين كل من الرقبى والعمرى وبين السكنى عموماً من وجه لأنه انقرنت بالأسكان فقط يقال: سكنى ولايصدق عليها احدالعنو انين الاخرين وان قرنت بالعمر تكون عمرى ولا تكون سكنى وان قرنت بمدة تكون رقبى ولا تكون سكنى وان قرنت بالعمر تكون مصداقاً للسكنى وان قرنت بالصمرايضاً أوقر نت بصعة تكون مصداقاً للسكنى والعمرى أو مصداقاً للسكنى والرقبى والم النسبة بين الرقبى والعمرى هو التباين اذ لا يجتمع التوقيت بالزمان مع التوقيت بالعمر ويمكن أن يقال: ان النسبة بين كل واحد من الثلاثة مع كل واحد من العنوانين الاخرين هو التباين بأن يقال: اذا قرنت السكنى بالعمر أو المدة لا تصدق السكنى والأمر سهل.

١) كماهو ظاهرفان السكنى في غير المسكن لاموضوع لها ويظهر من كلمات الأصحاب ان مشروعية المذكورات اتفاقية عندهم وتدل على المدعى ولـو في الجملة جملة من النصوص التى ستمر عليك انشاه الله تعالى اثناء البحث .

٢) قال في الحداثق : « لاخلاف في أنه لايلزم شيىء منها قبل القبض » فان

(مسألة ١٠٣): اذا أسكنه مدة معينة كعشر سنيه اومدة عمر المالك أومدة عمر الساكن لم يجز الرجوع قبل انقضاء المدة (أفان انقضت المدة في الصور الثلات رجع المسكن الى المالك أوورثته (أ

تم المدعى بالاجماع فهو والا فللمناقشة فيه مجال فان الخيار بعد فرض الصحة يحتاج الى الدليل ويظهر من بعض الروايات جواز الرجوع في السكنى اذا لم يعين وقتاً منها ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال قلت له رجل اسكن رجلا داره ولم يوقت قال: جايز ويخرجه اذا شاء (* 1).

ومنها ما رواه احمد بن عمر الحلبي عن أبيه عن أبي عبدالله عليه السلامقال وسألته عن الرجل يسكن رجــلا ولم يوقت شيئاً قــال يخرجه صاحب الدار اذا شاء (* ٢).

ومنها: ما رواه ابو البختري عنجعفر عن أبيه عنعلي عليه السلام ان السكنى بمنزلة العارية ان احب صاحبها أن يأخذها أخذهاوان أحب أن يدعها فعل أيذلك شاء (* ٣).

بل يظهر من حديث أبي البختري جواز الرجوع وكون السكنى كالعارية في كونها جايزة ولكن الرواية ضعيفة بأبي البحتري .

- ١)كما هومقتضى القاعدة الاولية ولادليل على الجواز فتلزم .
- ۲) وهـذا على طبق القاعدة الأولية مضافاً الى النص الخاص لاحظ ما رواه محمد بن قيس عن أبي جعفرعليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام قضى في العمرى أنها جائزة لمن أعمرها فمن اعمر شيئاً مادام حياً فانه لورثتــه اذا

١) الوسائل الباب ٤ من ابواب السكني والحبيس الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث: ٢

٣) نفس المصدر الحديث: ٣

كتاب الوڤف في الحبس واخواته ______ ه١٥

(مسألة ١٠٤): اذا قال له: أسكنتك هـذه الدارلك ولعقبك لم يجزله الرجوع في هذه السكنى مادام الساكن موجوداً اوعقبه (المائذ انقرض هو وعقبه رجعت الدار الى المالك(أ.

(مسألة ١٠٥): اذا قال له: اسكنتك هذه الدار مدة عمري فمات الساكن في حال حياة المالك فانكان المقصود السكنى بنفسة وتوابعه كما يقتضيه اطلاق السكنى انتقلت السكنى بموته الى المالك قبل

ولاحظ ما رواه ابو الصباح عن أبي عبدالله عليه السلام قال سئل عن السكنى والعمرى فقال : ان كان جعل السكنى في حياته فهو كما شرط وان كان جعلها له ولعقبه بعده حتى يفنى عقبه فليس لهم أن يبيعوا ولا يورثوا حتى ترجع الدارالى صاحبها الاول (* ٢).

وما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يسكن الرجل داره قال: يجوز وسألته عن الرجل يسكن الرجل داره ولعقبه من بعده قال يجوز وليس لهم أن يبيعوا ولايور ثوا قلت فرجل أسكن داره حياته قال يجوز ذلك (* ٣).

١) كما هو مقتضى صحة السكنى ويدل على المدعى ما رواه الحلبي ويدل
 على المدعى أيضاً ما رواه أبو الصباح (* ٤) .

٢) اذ المفروض انه ملكه فلابد من رجوعه اليه بل صرح بالرجوع اليه في
 حديث الكنانى .

توفى (* ١) ٠

١) الوسائل الباب ٨ من ابواب السكني والحبيس الحديث : ٢

٢) الوسائل الباب ٣ من ابواب السكني والحبيس الحديث : ١

٣) نفس المصدر الحديث: ٢

٤) مرآنفا

1) لم يظهر لي وجه الاشكال اذ المفروض ان المالك جعل السكنى لمن جعل له ولتوابعه مادام حياته فلاوجه لبقاء السكنى بعد وفاته وبعبارة اخرى يلزم الخلف فمقتضى القاعدة انتقال المنفعة بعد وفاته الى المالك ويسدل على المدعى بعض النصوص وهوما رواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله عن حمران قال: سألته عن السكنى والعمرى فقال: الناس فيه عند شروطهم ان كان شرط حياته وهي حياته وان كان لعقبه فهو لعقبه كما شرط حتى يفنوا ثم يرد الى صاحب الدار (* ١).

٢) بناءاً على صحة هذا النحو من السكنى يتم ما أفاده في المتن وربما يقال انه يمكن الاستدلال على المدعى بما رواه حسن بن نعيم عن أبي الحسن موسى بن جعفر عليهما السلام قال: سألته عن رجل جعل سكنى داره لرجل ايام حياته أو له ولعقبه من بعده قال هي له ولعقبه كما شرط (* ٢).

ولكن يرد عليه: ان المستفاد مـن الحديث انه يجعل له السكنى ايام حياته والسكنىبهذا القيد لايعقل ان تورث وبعبارة اخرى: المنفعة المفروضة يقيده بحياته فلا تكون قابلة للارث ويدل على المدعى أيضاً قوله في السؤال: « اوله ولعقبه » وكيف يمكن الجمع بين الانتقال بالارث وجعل الوارث مالكا بالاستقلال.

والظاهر انه لايمكن اثبات ما ادعاه فــي المتن بالنصوص الواردة في المقام والله العالم .

٣) الكلام فيه هو الكلام .

١) الوسائل الباب ٢ من ابواب السكني والحبيس الحديث : ١

٢) نفس المصدر الحديث: ٢

(مسألة ٢٠١): اذا جعل السكنى له مدة حياته كما اذا قال له: اسكنتك هذه الدار مدة حياتك، فمات المالك قبل الساكن لم يجز لورثة المالك منع الساكن بل تبقى السكنى على حالها الى أن يموت الساكن ".

(مسألة ۱۰۷): اذا جعل له السكنى ولم يذكر له مدة ولاعمر احدهما صح^{(۲} وازم بالقبض^{(۳} ووجب على المالك اسكانه وقتاً ما وجاز له الرجوع بعد ذلك اى وقت شاء (اولايجري ذلك في الرقبى

وحديث احمد بن عمر الحلبي عن ابيه عن أبي عبدالله عليه السلام قال : وسألته عن الرجل يسكن رجلا ولم يوقت شيئاً قال : يخرجه صاحب الدار اذا شاء (* ٣) .

¹⁾ فانه مقتضى القاعدة اذ لأوجه للانقضاء قبل موت من جعلت له السكنى فان المالك له أن يتصرف في ماله كيف ما شاء فالمقام كالعين المستأجرة مدة اذا مات المؤجر قبل تمام مدة الاجارة مضافاً الى النص الخاص الدال على المدعى لاحظ ما رواه حسين بن نعيم (* 1).

۲) بلا اشكال ولاكلام نصأ وفتوى .

٣) قد مر الكلام من حيث ان اللزوم هل يتوقف على القبض أملا؟ .

٤) لا يبعد أن يكون الماتن ناظراً فيما أفاده الى حديث الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: قلت له رجل اسكن رجلا داره ولم يوقت قال: جائز ويخرجه إذا شاء (* ٢).

١) لاحظ ص: ١٦٥

٢ و٣) الوسائل الباب ٤ من ابواب السكني والحبيس الحديث : ١ و٢

والعمرى لاحتصاصالاول بالمده المعينة والتالية بمده عمراحدهما والمفروض انتفاء ذلك كله^{(۱}.

(مسألة ۱۰۸): اطلاق السكنى كما تقدم يقتضي أن يسكن هو واهله وسائر توابعه من اولاده وخدمه وعبيده وضيوفه بل دوابه ان كان فيها موضع معدلذلك وله اقتناء ماجرت العادة فيه لمثله من غلة وأوان وامتعة والمدار على ماجرت به العادة من توابعه (۲ وليس له

بتقريب ان المستفاد مــن الحديثين جواز الاخراج فيجب الاسكان وقتاً مــا ولا يجوز الرجوع قبل الاسكان ويظهر من الجواهــر توقف السكنى على مسمى الاسكانحيث يقول في جملة كلام له في المقام «على أن الظاهر لزومها في الفرض أيضاً بالنسبة الى مسمى الاسكان» (* ١) الى آخر كلامه.

ويرد عليه ان الماتن يرى الامور الثلاثة من العقود ويصرح به في مسألة ١٠٩ فلو عقد على الاسكان ولم يسكن المجعول له في الدار مثلا وقد انقضى شهر أو شهران أو ثلاثة اشهر فهل يكون للمسكن حق الرجوع أملا ؟ الظاهر انه لااشكال في أن له الخيار فالاسكان الخارجي ليس مقوماً للخيار وعليه لا يبعد أن المستفاد من الحديثين ثبوت الخيار للمسكن في الصورة المفروضة في الحديثين والتعبير بقوله عليه السلام « يخرجه اذا شاء » من باب العادة الخارجية فان الاسكان بحسب الطبع يستلزم السكونة لا بلحاظ توقف الخيار عليها كي يقال : يجب اسكانه وقتاً ماكما في المتن والله العالم .

١) لعدم الدليل واختصاصه بالسكني فلاحظ.

٢) والعرف ببابك فانه مع فرض العادة الخارجية لامجال لأنكار الاطلاقوان

١) الجواهر ج ٢٨ ص: ١٣٣

كتاب الوقف في الحبس واخواته _________ ١٩٥ الحبارة باجازة المالك اجارته ولااعارته لغيره (١ فلو آجره ففي صحة الاجارة باجازة المالك وكون الاجرة له حينئذ اشكال (٢.

(مسألة ١٠٩): الظاهر ان (السكنى) و(العمرى) و(الرقبى) من العقود المحتاجة في وجودها الاعتباري الى ايجاب وقبول^٣. ويعتبر فيها ما يعتبر في العقودكما يعتبر في المتعاقدين هنا ما يعتبر في

شئت قلت : ان النعارف الخارجي قرينة للظهور الاطلاقي المدعى في المقام .

لا يبعد أن يكون وجه الاشكال ان السكنى لمن جعلت له فكيف يجوز
 اجارة المكان للغير و تمليك منفعته منه والله العالم .

٣) قال في الجواهر: «وهي عقد بالمعنى الاعم الشامل للمعاطاة بناء على على مشروعيتها يفتقر في الصحة الى معنى الايجاب والقبول ولو فعلا بلا خلاف ولا اشكال » انتهى فانتم اجماع تعبدي كاشف فهووالا يشكل الجزم بالمدعى لعدم دليل عليه في نصوص الباب بل مقتضى اطلاقها عدم اشتراط القبول فيها لاحظ ما رواه الحلبي (* ١) فان مقتضى اطلاق هذه الرواية كفاية الايجاب وفي الحداثق ما حاصله: انه لادليل على المدعى والمستفاد من النصوص الواردة في المقام كفاية مجرد رضى من تجعل له السكنى واما اشتراط العقد به فلا.

وما أفاده يؤيد ما ذكرناه ومع وجود اطلاق النصوص لامجال لأن يقال ان مقتضى الاصل عدم انتقال شيى، في ملك الغير والقدر المعلوم صورة تحققالعقد.

١) لاحظ ص: ١٧٥

المتعاقدين في غيره وقد تقدم ذلك في كتاب البيع (أوأما الحبس فالظاهر اعتبار القبول فيه في الحبس على الشخص (أوعدم اعتباره في الحبس على الصرف في جهة معينه (ألا.

(مسالة ١١٠): الظاهر جواز بيع المحبس قبل انتهاء اجل التحبيس في النحو الذي كانت عليه التحبيس في فتنتقل العين الى المشتري على النحو الذي كانت عليه عند البايع في كون للمحبس عليهم الانتفاع بالعين حسب ما يقتضيه التحبيس ويجوز للمشتري المصالحة معهم على نحو لا تجوز لهم مزاحمته في الانتفاع بالعين مدة التحبيس بأن يعطيهم مالا على أن لا ينتفعوا بالعين في الدينا معهم على اسقاط حق الانتفاع بها أو المعاوضة معهم على حق الانتفاع بها فيه اشكال أد.

١ اذ بعد فرض توقفها على العقد لابد من الالتزام باشتراط ما يشترط فسي
 العقد لوحدة حكم الامثال .

٧) الكلام فيه هو الكلام فاشتراطه بالعقد من باب الاجماع.

٣) لعدم الدليل على الاشتراط.

٤) اذ المفروض ان العين باقية في ملك مالكها فلا مانع من بيعها .

ه) كما ان الأمر كذلك في بيع العين المستأجرة .

٦)كما ان الأمر كذلك في المستأجر وكلاهما من وادو احد ولا فرق بين
 المقامين من هذه الجهة .

٧) لجواز الصلح بلاكلام.

۸)اما الاول فلعدم دليل على جواز الاسقاط شرعاً وبعبارة اخرى: لادليل على جواز اسقاط الحق المذكور.

الباب الثاني في الصدقة التي تواترااروايات في الحث عليها والترغيب فيها (1 وقدورد أنها دواء المريض (⁷ وبها يدفع البلاء ^{(٣}

وأما الثاني فايضاً لعدم دليل على صحة المعاوضة عليه وان شئت قلت: ان المصالحة عليه تتوقف على جواز نقـل حق الانتفاع والحال ان مشروعيته اول الكلام.

١)كما يظهر لمن يراجع مظانها .

٢) لاحظ حديث عبدالله بن سنان قال: قال أبـو عبدالله عليه السلام: داووا
 مرضاكم بالصدقة وادفعوا البلاء بالدعاء واستنزلوا الرزق بالصدقة فانها تفك من
 بين لحى سبعمأة شيطان (* ١).

وحديث معاذ بن مسلم قال: كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فذكروا الوجع فقال: داوو امرضاكم بالصدقة وما على أحدكم أن يتصدق بقوت يومه ان ملك الموت يدفع اليه الصك يقبض روح العبد فيتصدق فيقال له: ردعليه الصك (* ٢) لاحظ ما رواه السكوني عن جعفر عن آبائه عليهم السلام قال: قال رسول

الله صلى الله عليه وآله: ان الله لااله الاهو ليدفع بالصدقة الداء والدبيلة والحرق والغرق والمعنون وعد سبعين باباً من السوء (* ٣).

ولاحظ ما رواه أبو ولادقال: سمعت أبـا عبدالله عليه السلام يقـول بكروا بالصدقة وارغبوا فيها فمامـن مؤمن يتصدق بصدقة يريد بها مـا عندالله ليدفع الله بهاعنه شرماينزل من السماء الى الأرض في ذلك اليوم الا وقاه الله شرما ينزلمن السماء الى الأرض في ذلك اليوم (* ٤).

١ و٧) الوسائل الباب ٣ من ابواب الصدقة الحديث : ١ و٧

٣) الوسائل الباب ٩ من ابواب الصدقه الحديث: ١

٤) الوسائل الباب ٨ من ابواب الصدقه الحديث: ٣

وقد ابرم ابراماً (أوبها يستنزل الرزق (أوأنها تقع في يد الرب قبل ان تقع في يد العبد ("وانها تخلف البركة (عوبها يقضى الدين ("وأنها تزيد في المال ("

١) لاحظ وصية النبي صلى الله عليه و آله وسلم لعلي عليه السلام قال: ياعلي الصدقة ترد القضاء الذي قد ابرم ابراماً ، يا علي صلة الرحم تزيد في العمر يا علي لاصدقة وذور حم محتاج يا علي لاخير في القول الا مع الفعل ولا في الصدقة الا مع النبة (* ١).

لاحظ ما رواه زرارة عن الصادق عليه السلام في حديث قال: استنزلوا الرزق بالصدقة من ايقن بالخلف جاد بالعطية ان الله ينزل المعونة على قدر المؤنة (* ٢).

٣) لاحظ ما رواه ابن سنان قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: ليس شيىء أثقل على الشيطان من الصدقة على المؤمن وهي تقع في يـد الرب تباركوتعالى قبل أن تقع في يد العبد (* ٣).

٤) لاحظمارواه غياث بن ابراهيم عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ان الصدقة تقضى الدين و تخلف بالبركة (* ٤).

ه) لاحظ ما رواه غياث بن ابراهيم المتقدم .

لاحظ ما رواه السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله
 صلى الله عليه وآله: تصدقوا فان الصدقة تزيد في المال كثرة فتصدقوا رحمكم

١) نفس المصدر الحديث: ٤

٢) الوسائل الباب ١ من أبواب الصدقة الحديث : ١١

٣) الوسائل الباب ١٨ من أبواب الصدقة الحديث : ١

٤) الوسائل الباب ١ من ابواب الصدقة الحديث: ١

كتاب الوقف في الصدقة ____________

وأنها تدفع ميتة السوء (١ والداء والدبيلة والحرق والغرق والجذام والجذام والجنون الى ان عدسبعين باباً من السوء (٦ ويستحب التبكير بها (٣ يدفع

顺(*1).

- ١) لاحظ ما رواه سالم بن مكرم عن أبي عبدالله عليه السلام قال مر يهودي الى أن قال فقال النبي صلى الله عليه وآله: ان هذا اليهودي يعضه اسود في قفاه فيقتله قالى: فذهب اليهودي فاحتطب حطباً كثيراً فاحتمله ثم لم يلبث أن انصرف فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله ضعه فوضع الحطب فاذا أسود في جوف الحطب عاض على عود فقال يا يهودي أي شيىء عملت اليوم ؟ فقال ما عملت عملا الاحطبي هذا احتملته فجثت به وكان معي كعكتان فأكلت واحدة وتصدقت بواحدة على مسكين فقال رسول الله صلى الله عليه وآله بها دفع الله عنه وقال:
- ٢) لاحظ ما رواه السكوني عن جعفر عن آبائه عليهم السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ان الله لااله الاهوليدف بالصدقة الداء والدبيلة والحرق والغرق والهدم والجنون وعد سبعين باباً من السوء (٣٣) وقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: ان الله لااله الاهوليدفع بالصدقة الداء والدبيلة والحرق والغرق والهدم والجنون وعد عليه السلام سبعين باباً من الشر (٤٤).
- ٣) لاحظما رواه النخعي قال: سمعت أباعبدالله عليه السلاميقول: قالرسول
 الله صلى الله عليه و آله: بكروا بالصدقة فان البلاء لايتخطأها (* ٥).

١) نفس المصدر الحديث: ٨

٢) الوسائل الباب ٩ من ابواب الصدقة الحديث: ٣

٣) الوسائل الباب ٩ من ابواب الصدقة الحديث: ١

٤) من لا يحضره الفقيه ج ٢ ص ٣٨ حديث : ٧

٥) الوسائل الباب ٨ من ابواب الصدقة الحديث : ١

شرذلك اليوم(أ وفي اول الليل يدفع بها شرالليل(أ.

(مسألة ۱۱۱): المشهور كون الصدقة من العةود فيعتبر فيها الايجاب والقبول^۳ ولكن الاظهر كونها الاحسان بالمال على وجه القربة فان كانالاحسان بالتمليك احتاج الى ايجاب وقبول وان كان بالابراء كفى الايجاب بمثل ابرأت ذمتك وان كان بالبذل كفى الاذن

١) لاحظ ما رواه مسمع بن عبد الملك عن أبي عبدالله عليه السلام قال : من
 تصدق بالصدقة حين يصبح أذهب الله عنه نحس ذلك اليوم (* ١) .

٢) لاحظ ما ارسله الصدوق قال: وقال يعني الصادق عليه السلام باكروا بالصدقة فان البلا يالانتخطاها ومن تصدق بالصدقة اول النهار دفع الله عنه شرما ينزل من السماء في ذلك اليوم فان تصدق اول الليل دفع الله عنه شرما ينزل من السماء في تلك الليلة (* ٢).

٣) قال في الجواهر: « وعلى كل حال فهي عقد يفتقر الى ايجاب وقبول بلا خلاف محقق اجده فيه بل عن ظاهر المبسوط وفقه الراوندي والغنية والكفاية والمفاتيح الاجماع عليه بل صريح بعض وظاهر آخر اعتبارما يعتبر في العقد اللازم فيها » الخ (* ٣).

مضافاً الى أنها قسم من التمليك ولا فرق بينها وبين الهبة الا بــأن الصدقة مشروطة بقصد القربة بخلاف الهبة فلا اشكال في كون الصدقة مـن العقود ويعتبر في عقدها ما يعتبر في سائر العقود .

١ و٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب الصدقة الحديث : ٢ و٥

٣) الجواهرج ٢٨ ص: ١٧٤

١) قال في الجواهر: « يبقى شيىء وهو احتمال دعوى اعمية الصدقة مسن العقد ضرورة صدقها على الابراء المتقرب به والوقف كذلك بل وعلى بذل الطعام والماء و نحوهما للفقراء والمساكين مثلا وان لم يكن على جهة معنى العقدية الذي هو قصد الارتباط بالايجاب والقبول ولقد كان علي بن الحسين عليه السلام يتصدق على الفقير » الخ .

والذي يختلج بالبال في هذه العجالة ان الامور المذكورة في المتن لاتكون داخلة في الصدقة ولا تكون محكومة بأحكامها ولا دلالة فيما نقل عن علي بن الحسين على المدعى لاحظ ما رواه ابن حمران عن ابيه عن أبى جعفر عليه السلام ان علي بن الحسين عليه السلام كان يخرج في الليلة الظلماء فيحمل الجراب على ظهره وفيه الصرر من الدنانير والدراهم وربماحمل على ظهره الطعام أو الحطب حتى يأتي باباً باباً فيقرع ثم يناول من يخرج اليه و كان يغطي وجهه اذا ناول فقير الثلا يعرفه فلما توفي فقدوا ذلك فعلموا أنه كان على بن الحسين ولما وضع على المغتسل نظروا الى ظهره وعليه مثل ركب الابل مما كان يحمل على ظهره الى منازل الفقراء والمساكين الخ (* ١).

فان المستفاد من هذه الرواية وامثالها انه عليه السلام كان يحسن الى الفقراء والمساكين ويستفاد من هذه الرواية المشار اليها انه عليه السلام كان يعطي في حال كون وجهه مغطى للمساكين ولا دلالة في الرواية ان مجرد الاحسان ولو مع قصد القربة داخل في الصدقة ومحكوم بأحكامها ولعل الماتن ناظر الى وجه ومدرك موجه عنده وعلى الجملة لادليل على هذا المدعى وهو ان مجردالاحسان مع قصد القربة داخل في الصدقة نعم ريما يستعمل عنوان الصدقة في بعض الموارد كقولهم

١) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الصدقة الحديث: ٨

(مسألة ۱۱۲): المشهوراعتبارالقبض فيها مطلقاً ولكن الظاهر انه لا يعتبر فيها اذا كان العنوان المنطبق عليه مما يتوقف على القبض فاذا كان التصدق بالهبة او بالوقف اعتبر القبض واذا كان التصدق بالابراء او البذل لم يعتبر وهكذا (۲).

(مسألة ١٦٣) : يعتبر في الصدقه القربة ^{٣٥}فاذاو هباو أبر أاووقف

«عون الضعيف من افضل الصدقة » ولكن الاستعمال أعممن الحقيقة وباب المجاز والسع والله العالم .

١) قد ظهر مما تقدم ان كون مطلق الاحسان بالمال مع قصد القربة داخلا في الصدقة اول الكلام والاشكال فلو بذل شخص مقداراً من الاموال للفقراء والمساكين بقصد الفربة ولكن الم يعرض عن مملوكه هل يمكن الجزم بعدم امكان الرجوع فيه والما اذا أعرض عن مملوكه وقلنا ان الاعراض يوجب الخروج عن الملك فهل يمكن أن يقال: انه مصداق للصدقة بحيث لا يجوز الرجوع فيه من قبل مالكه ؟ وأيضاً لا يجوز التصرف فيه لمن لا يكون فقيراً وبعبارة اخرى: اي دليل دل على خروجه عن ملكه بعد الاعراض و اختصاصه بناحية خاصة وعلى فرض الالتزام بما ذكر لا فرق بين أن يكون الصادر منه بقصد القربة وبين أن لا يكون كذلك فلاحظ،

٢) بــ لا خلاف اجده فيه كما اعترف به غير واحد ــ هكذا في الجواهر ــ والحق أن يقــال: انه اذا كانت الصدقة بعنوان الهبة فلا اشكال في توقفها على القبض وأما الوقف فقد مر الكلام فيه سابقاً وأما التصدق بنحو آخر فقد مر الاشكال فيه .

٣) بلاخلاف اجده فيه بل الاجماع بقسمبه عليه ـ هكذا في الجو اهر _ وتدل
 على المدعى النصو ص منهاما رواه حمادعن أبي عبدالله عليه السلام قال: لاصدقة

بلاقصد القربة كان هبة وابراء ووقفاً ولايكون صدقه (١.

(مسألة ١١٤): تحلصدقة الهاشمي على الهاشمي وعلى غيره حتى زكاة المال وزكاة الفطرة وأما صدقة غير الهاشمي فانكانت زكاة المال اوزكاة الفطرة فهي حرام (أ ولاتحل للمتصدق عليه (أ ولاتفرغ ذمة المتصدق بها عنها أوانكانت غيرهما فالاقوى جوازها سواء كانت واجبة كردالمظالم والكفارات وفدية الصوم أم مندوبة (الا اذاكانت من قبيل ما يتعارف من دفع المال القليل لدفع البلاء ونحو ذلك مما كان من مراسم الذل والهوان ففي جواز مثل ذلك اشكال (أ.

(مسألة ١١٥) : لايجوز الرجوع في الصدقة اذاكانت هبــة

ولا عتق الا ما اريد به وجه الله عزوجل (* ١).

١) اذ بعد فرض كون الصدقة متقومة بقصد القربة لايمكن تحققها بدون قصد
 القربة .

٢)كما تقدم الكلام حول هذه الجهة فيكتاب الزكاة .

٣) اذ التمليك بهذا العنوان وحيث انه وقع في غير محله لامجال للحلية .

٤)كما هو ظاهر فان المقيدينتفي بانتفاء قيده وان شئت قلت: الاجزاءيحتاج
 الى الدلبل والمفروض عدم الدلبل فلاوجه للفراغ .

ه) لعدم الدليل على الاشتراط ومقتضى الاطلاقات هو الجواز .

٦) ما أفاده من العناوين الثانوية ولابد من ملاحظته فيكل مورد .

١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث : ٢

(مسألة ١١٦): تجوزالصدقةالمندوبة على الغني والمخالف^٣ والكافر الذمي^٤.

١) ادعي عليه الأجماع وتدل عليه جملة من النصوص منها ما رواه ابنسنان
 قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يتصدق بالصدقة ثم يعود في صدقته
 فقال: قال رسول الله صلى الله عليه وآله انما مثل الذي يتصدق بالصدقة ثم يعود
 فيها مثل الذي يقيىء ثم يعود في قيثه (* ١) .

٢) للاطلاق فلاحظ .

٣) للاطلاق وعدم التقييد لاحظ ما رواه غياث ابن ابر اهيم عـن أبي عبدالله عليه السلام قال: ان الصدقة تقضى الدين وتخلف بالبركة (* ٢).

٤) قال في الحداثق: «قدصر حجملة من الاصحاب بأنه تجوز الصدقة على الذمي وان كان اجنبياً » (٣٣) انتهى موضع الحاجة من كلامه رفع في علومقامه ويمكن الاستدلال على المدعى بقوله تعالى لاينهيكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم (٤٤) فإن المستفاد من الاية الشريفة جواز الاحسان الى اهل الذمة.

ويمكن الاستدلال بما رواه سدير الصير في قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام اطعم سائلا لاأعرفه مسلماً ؟ قال: نعم اعط من لاتعرفه بولاية ولا عداوة للحق ان الله عزوجل يقول: وقولسوا للناس حسناً ولا تطعم من نصب لشيىء من الحق أو

١) الوسائل الباب ١١ من أبواب الوقوف والصدقات الحديث: ٢

٢) الوسائل الباب ١ من ابواب الصدقة الحديث : ١

٣) الحدائق ج ٢٢ ص: ٢٧١

٤) الممتحنة / ٨

كتاب الوقف في الصدقة _______ ٢٩٥

(مسألة ١١٧): الصدقة المندوبة سرآ افضل (١١٧ اذا كان الاجهار الهابقصد رفع التهمه او الترغيب او نحو ذلك ممايتوقف على الاجهار (٣ أما الصدقة الواجبة ففي بعض الروايات ان الافضل اظهار ها (٣ وقيل

دعا الى شيىء من الباطل (* ١) .

وبحديث محمد بن مسلم عن أبي عبدالله قال : قال ابـو جعفر عليه السلام : أعط السائل ولو كان على ظهر فرس (* ٢).

و بحديثه الاخر قال : قال أبو جعفر عليه السلام لو يعلم المعطي ما فيالعطية ما رد أحد احداً (* ٣) .

وبرواية السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آله: لاتقطعوا على السائل مسألته فلولا ان المساكين يكذبون ما أفلح من ردهم (* ٤).

١) تدل على المدعى جملة من النصوص منها ما رواه عمر بن يزيد عنأبي عبدالله عليه السلام قال صدقة العلانية تدفع سبعين نوعاً من أنواع البلاء وصدقة السر تطفى غضب الرب (* ٥).

٢) فان العناوين الثانوية تغير الاحكام.

٣) لاحظ ما رواه أبو بصير يعني ليث بن البختري عن أبي عبدالله عليه السلام
 في قوله تعالى : : « انما الصدقات للفقراء والمساكين » (السي أن قال) وكلما
 فرض الله عليك فاعلانه افضل من اسراره وكلما كان تطوعاً فاسراره افضل من

١) الوسائل الباب ٢١ من ابواب الصدقة الحديث : ٣

٢ و٣) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب الصدقة الحديث: ١ و٢

٤) الوسائل الباب ٢٢ من ابواب الصدقة الحديث: ٣

٥) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الصدقة الحديث : ٦

الافضل الاسرار بها^١١ والاظهراختلاف الحكم باختلاف المواردفي الحهات المقتضية للاسرار والاجهار^{٢١}.

(مسألة ١١٨): التوسعة على العيال أفضل مـــن الصدقة على غيرهم ^{(٣}والصدقة على القريب المحتاج أفضل من الصدقة على غيره ^{(٤}

اعلانه ، ولو ان رجلا يحمل زكاة مالــه على عاتقه فقسمها علانية كان ذلك حسناً جميلا (* ١) والسند ضعيف بابن يحيى .

١) قال في الجواهر: « نعم في الدروس وغيرها تخصيص ذلك للمندوبة وأما الواجبة فالأفضل اظهارها » الى أن قال: « لكن المصنف وغيره اطلقوا افضلية السر وهو لا يخلو عن وجه والأمر سهل » الخ (* ٢).

۲) لعدم الدليل المعتبر على احد الطرفين فيختلف الحكم باختلاف الموارد ولا يبعد أن يستفادمن بعض النصوص الاختلاف بين الزكاة وغيرها لاحظ مارواه ابن عمار عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزوجل « وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم » فقال : هي سـوى الزكاة ان الزكاة علانية غير سر (* ٣) فلا بأس بالتفصيل بين الزكاة وغيرها والله العالم .

٣) لاحظ ما رواه عبد الاعلى عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول
 الله صلى الله عليه وآله: كل معروف صدقة وافضل الصدقة عن ظهر غني وابده
 بمن تعول واليد العليا خير من اليد السفلى ولا يلوم الله على الكفاف (* ٤).

٤) لاحظ مـا ارسله الصدوق قال: قـال عليه السلام: لاصدقة وذورحم

١) الوسائل الباب ٥٤ من أبواب المستحقين للزكاة الحديث : ١

٢) الجواهر ج ٢٨ ص: ١٣٠ - ١٣١

٣) الوسائل الباب ٤٥ من أبواب المستحقين للزكاة الحديث : ٢

٤) الوسائل الباب ٤٢ من ابواب الصدقة الحديث : ٥

گتاب النکاح ------

وافضل منها الصدقة على الرحم الكاشح بعنى المعادي (ويستحب التوسط في ايصالها الى المسكين ففى الخبر لوجرى المعروف على ثمانين كفآ لاجرواكلهم من غيران ينقص صاحبه من اجره شيئاً والله سبحانه العالم الموفق (٢.

كتاب النكاح وفيه فصول الفصل الاول

النكاح ثلاثة دائم ومنقطع وملك يمين ٣ويفتقرالاول الى العقد

محتاج (* ۱) .

١) لاحظ ما رواه السكوني عن أبي عبدالله قال : سئل رسول الله صلى الله عليه و آله أي الصدقة أفضل ؟ قال : على ذي الرحم الكاشح (* ٢).

٢) لاحظ ما رواه أبو نهشل مرسلا عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اوجرى
 المعروف على ثمانين كفاً لاجروا كلهم من غيــر أن ينقص صاحبه من اجــره
 شيئاً (* ٣).

والحمدلله اولا وآخراً وظاهراً وباطناً قد وقع الفراغ من كتابة شرح كتاب الوقف والصدقات في يــوم الاربعاء غرة شهر ربيع الثاني مــن سنة ١٤١٠ بعد الهجرة على مهاجرها وآله آلاف التحية والثناء .

٣) قد يراد من النكاح الوطي ، قال في الحدائق : « لااشكال ولا خلاف في
 أن لفظ النكاح قد يطلق و يراد به الوطي وقد يطلق و يراد به العقد خاصة في كل

١) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب الصدقة الحديث: ٤

٢) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب الصدقة الحديث: ١

٣) الوسائل الباب ٢٦ من ابواب الصدقة الحديث: ١

منعرفي الشرع واللغة وظاهر كلام الجوهري ان استعماله في الوطيء اكثر» (*1) انتهى .

وقدعقد صاحب الوسائل باباً سماه باب ان النكاح الحلال ثلاثة اقسام: دائم ومنقطع وملك يمين عيناً ومنفعة (* ٢) .

١) قال في الحدائق: «اجمع العلماء من الخاصة والعامة على توقف النكاح على الأيجاب والقبول اللفظيين (* ٣) انتهى .

وعن الشيخ الاعظم قدس سره انه اجمع علماء الاسلام _ كما صرح به غير واحد _ على اعتبار اصل الصيغة في عقد النكاح لايباح بالاباحة ولا المعاطاة الخ ويمكن الاستدلال على المدعى بعدة روايات منها رواية ابان بن تغلب قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام كيف اقول لها اذاخلوت بها ؟ قال: تقول: أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه لاوارثة ولامورثة كذا وكذا يوماً ، وان شئت كذاو كذا سنة بكذا وكذا درهماً وتسمى من الاجر « من الأجل يب » ما تراضيتما عليه قليلا كان أو كثيراً ، فاذا قالت: نعم فقد رضيت وهي امراتك وأنت أولى الناس بها الحديث (* ٤) وغيرها من الروايات الواردة في الباب ١٨ من أبواب المتعة من الوسائل.

وللاستدلال بهذه النصوص على المدعى تقريبات احدها : مفروغية اشتراط القول في تحقق المتعة وانه لابد من انشائها باللفظ فانه يستفاذ من بعض تلك الروايات ان هذا امر مفروغ عنه عند السائل وانما يسئل الامام روحي فداه عسن

١) الحداثق ج ٢٣ ص : ١٨

١) الوسائل الباب ٣٥ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه

٣) الحداثق: ج ـ ٢٣ ص: ١٥٦

٤) الوسائل الباب ١٨ من ابواب المتعة الحديث : ١

الكيفية لاحظ الحديث الاول والسادس من الباب.

ثانيها: قوله روحي فداه في ذيل الحديث الاول من الباب (فاذا قالت نعم فقد رضيت وهي امرئتك) فان المستفاد من هذه الجملة بمقتضى مفهوم الشرط انه لاتتحقق الزوجية ولا تحل الا بقولها نعم .

ثالثها: ان المستفاد من تلك النصوص ان نكاح المتعة يشترط في تحققه اللفظ في مقام الانشاء فانه عليه السلام في جميع تلك النصوص يأمر بالاتيان باللفظ في مقام الانشاء.

ويمكسن الاستدلال على المدعى بما رواه بريد قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عزوجل « واخذن منكم ميثاقاً غليظاً » فقال: الميثاق هو الكلمة التى عقد بها النكاح، وأما قوله: « غليظاً » فهو ماء الرجل يفيضه اليها (* ١)، فسان المستفاد من الرواية ببركسة تفسيره روحي فداه ان النكاح يتقوم بالقبول فلاحظ.

 ١) كما ذهب اليه المشهور على ما في كلام بعض الاصحاب وذكرت في تقريب دليله امور:

الأمرالاول: انه القدر المتيقنوفيه اولا ان هذا المقدارلايكون مانعاً عن الاخذ باطلاق دليل النكاح والايلزم انهدام الاطلاق في جميع الادلة اذ في كل مورديكون المتيقن متصورا وثانياً يكفى للدلالة على العموم مضافاً الى الاطلاق النصوص الواردة في باب المتعة (* ٢) فان المذكور فيها غير الماضي .

الامر الثاني : ان الماضي صريح في الانشاء وفيه انه لافرق بين الماضي

١) الوسائل الباب ١ من أبواب أو لياء العقد الحديث: ٤

٢) لاحظ ص: ٢٣٥

على الاحوط استحباباً كزوجت وانكحت وقبلت (أو تجزي ترجمتها بشرط العجز عـن العربية على الاحوط وجوباً (*

والمضارع من هذه الجهة وان الجملة الخبرية ماضوية كانت أو مضارعية ظاهرة في الاخبار فلو قامت قرينة على ارادة الانشاء من الصيغة ترفع اليد عن الظهور الاولي بلا فرق بين الماضي والمضارع واحتمال الوعد في المضارع مدفوع بالقرينة مضافاً الى انه يكفي في تحقق الانشاء الظهور ولا يحتاج الى الصراحة اضف الى ذلك كله النصوص المشار اليها آنفاً فلا مجال لهذه التقاريب اذ لافرق بين الدوام والانقطاع من هذه الجهة عرفاً وحيث لاتشترط الماضوية في ايجاب المتعة لايشترط في الدائم .

الامر الثالث ان التعدي من الماضى الى المضارع يوجب الانتشار وعــدم وقوع الصيغة على قاعدةمعينة وفيه انه لامانع من الانتشار اذاكان على طبق القواعد المقررة .

وصفوة القول: انهبعد فرض الاطلاق مضافاً الى النصوص الخاصةالواردة في باب المتعة لايبقي مجال للاشكال فلاحظ.

- ١) خروجاً عن شبهة الخلاف.
- ٢) في المقام فرعان : الاول انه هل يجوز الانشاء بغير العربية مع امكانها ؟
 ربما يقال بالاشتراط بل هو المعروف عندهم وما استدل عليه أو يمكن الاستدلال
 به وجوه :

احدها: انه لايصدق العقد على غير العربية وفيه ان العقد امر قلبي واللفظ او الفعل مبرزلذلك الأمر القلبي فلامجال لهذا الاستدلال والحاصل ان العقدعبارة عن ارتباط احد الاعتبارين بالاخر ولا فرق في تحققه بين أن يكون المبرز لفظاً أو فعلا وعلى تقدير كونه لفظاً عربياً كان أو غيره مضافاً الى أنه لو سلم عدم صدق

العقد على غير العربي فلازمه عدم الفرق بين القدرة وعدمها وبعبارة اخرى : ليس هذا من التكاليف الشرعية كي يقال يختص بحال القدرة .

ثانيها: ان اللفظ العربي هو القدر المتيقن من جواز انشاء العقد به وفيه ان هذا لايكون مانعاً عن الاخذ بالاطلاق وقد من قريباً ان المتيقن لو كان مانعاً عن الاخذ بالاطلاق لانسد باب الاخذ باطلاقات الكتاب والسنة فلاحظ.

ثالثها: الاجماع فانه نقل عن العلامة (ره) بـأنه لايتحقق بغير العربية عنـــد علمائنا وهو قول الشافعي واحمد وفيه انالاجماع المنقول لايكون حجة والمحصل منه على تقدير حصوله محتمل المدرك فلا يكون حجة .

رابعها: انه مقتضى الأصل فان مقتضاه عدم ترتب الأثر عند الشك وفيهانــه لامجال للأحل مع وجود الاطلاق ان قلت لامجال للأخذ بالاطلاق لانصرافه الى ما هو المتعارف من العربية قلــت: التعارف لايقتضي الانصراف وعلى فرض تسلمه بدوي فلا يكون مانعاً من الاطلاق ومعه لامجال للاصل.

خامسها: ان غير العربية بالنسبة اليهاكالكناية وفيه اولا منع كون غيرا لعربية كالكناية وثانياً انه لامانع من الانشاء بالكناية اذا صدق عليه المفهوم.

سادسها: ان اعتبار غير العربية خلاف الاحتياط اللازم في الفروج وفيه انه لامجال لهذا التقريب مع الاطلاق مضافاً الى أنه يمكن أن يقال بــأن الاحتياط يقتضي التوسعة كى ينسد باب السفاح.

الفرع الثانى: الجواز مسع عدم امكان العربيّة وربما يستدل عليه بما ورد في الاخرس من جوازطلاقه بالاشارة لاحظ ما رواه البزنطي انه سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عسن الرجل تكون عند المرأة يصمت ولا يتكلم قال: اخرس هو؟ قلت: نعم ويعلم منه بغض لامرأته وكراهة لها أيجوز أن يطلق عنه وليه؟ قال:

لا ولكن يكتب ويشهد على ذلك قلت : فانه لايكتب ولايسمع كيف يطلقها قال : بالذي يعرف به من افعاله مثل ماذكرت من كراهته وبغضه لها (* ١) وغيره من الروايات الواردة في الباب ١٩من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه من الوسائل فراجع .

بتقریب ان المستفاد من هذه النصوص انه مع العجزعن العربیة یکفی غیرها عن الطلاق وفیه انسه حکم وارد فی مورد خاص ولذا لایمکن الالتزام بالاشارة فی غیر الاخرس کالذی یکون مانع فی لسانه من التکلم فالحق أن یقال: ان کان المستند للاشتراط قاصراً للشمول کالاجماع الذی لیسس له اطلاق والمقدار المعلوم صورة التمکن فلابد من الالتزام بعدم الاشتراط مع عدم التمکن ونلتزم بالجواز للاطلاقات ، وان قلنا ان المستند النصوص الواردة فی المتعة بتقریب انه یستفاد منها الاشتراط فلابد من الالتزام بالاشتراط علی الاطلاق اذ الحکم الوضعی غیر مرهون بالقدرة فمع عدم التمکن ولو من التوکیل بلزم أن یکون بالعربی ومع عدم الامکان حتی من التوکیل لایجوز له النکاح الا أن یقال انا نقطع بعدم رضاء الشارع بتعطیل أمر النکاح واثبات هذا المدعی علی مدعیه والله العالم .

١) لاحظ النصوص الواردة في الاخرس منها مارواه البزنطي (٣٤) المتقدم ولايخفى ان هذا حكم وارد في الاخرس ولا وجه لتسريته الى كل مورد لايكون الشخص قادراً على النطق ولذا رتب الحكم في المورد على هذا العنوان.

٢) بلا اشكال ولاكلام بل من الضروريات والواضحات .

١) الوسائل الباب ١٩ من ابواب مقدمات الطلاق الحديث : ١

٢) لاحظ ص: ٥٣٥

الاحوط وجو **ہا**''

1) الاقوال في المقام مختلفة: الأول استقلال الولي ذهب اليه جماعة منهم صاحب الحدائق (ره) الثاني: استقلال البكر، الثالث: التشريك بينها وبين وليها وتدل على القول الأول جملة من النصوص: منها ما رواه فضل بن عبدالملك عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لاتستأمر الجارية التي بين ابويها اذا اراد ابوها أن يزوجها هو أنظر لها وأما الثيب فأنها تستأذن، وان كانت بين ابويها اذا أراداأن يزوجاها (* 1).

ومنها: ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن البكراذا بلغت مبلغ النساء ألهامع أبيها أمر؟ فقال: ليس لهامع ابيها أمر مالم تثيب (**) ومنها: ما رواه عبيد بن زرارة عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال:

لاتستأمر الجارية في ذلك اذاكانت بين ابويها فاذاكانت ثيباً فهي أولى بنفسها (٣٣) ومنها: ما رواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال: لاتستأمر الجارية اذا كانت بين ابويها ليس لها مع الآب أمر، وقال: يستأمرها كل احد

ومنها: ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في الجارية يزوجها ابوها بغير رضاء منها قال: ليس لها مع أبيها أمر اذا أنكحها جاز نكاحه وان كانت كارهة (* ٥).

ومنها : ما رواه على بن جعفر في كتابه عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام

ما عدا الأب (* ٤).

١) الوسائل الباب ٣ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٦

٢) نفس المصدر الحديث: ١١

٣) نفس المصدر الحديث: ١٣

٤) الوسائل الباب ٤ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث: ٣

٥) الوسائل الباب ٩ من أبواب عقدالنكاح وأولياء العقد الحديث : ٧

قال : سألته عن الرجل هل يصلح له أن يزوج ابنته بغير اذنها ؟ قال : نعم ليس يكون للولد أمر الا أن تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك ، فتلك لايجوز نكاحها الا أن تستأمر (* ١).

ومنها ما رواه عبدالله « عبد الملك خ ل » بن الصلت قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الجارية الصغيرة يزوجها ابوها لها أمر اذا بلغت ؟ قال : لاليس لها مع أبيها أمر قال : وسألته عن البكر اذا بلغت مبلغ النساء ألها مع ابيها أمر قال : ليس لها مع ابيها أمر مالم تكبر « تثبب » (*).

ومنها: ما رواه بريد « يزيد » الكناسي قال قلت لابي جعفر عليه السلام متى يجوز للأب أن يزوج ابنته ولا يستأمرها؟ قال اذاجازت تسعسنين الحديث (*٣) ويستفاد من هذه الطائفة ان البكر لاأمر لها وأمرها بيد ابيها .

ويعارضها ما رواه صفوان قال: استشار عبدالرحمن موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته لابن اخيه ، فقال: افعل ويكون ذلك برضاها ، فان لها في نفسها نصيباً قال: واستشار خالد بن داود موسى بن جعفر عليه السلام في تزويج ابنته علي بن جعفر فقال: افعل ويكون ذلك برضاها فان لها في نفسها حظاً (٤٤) وفي كلام سيدنا الاستاد (٥) ان الجمهور قائلون باستقلال الآب فيكون الترجيح بالمخالف مع الطائفة الثانية ، وعلى تقدير الاغماض تصل النوبة السي

الطائفة الثالثة الدالة بالاطلاق على استقلال البكر في نكاحها .

١) نفس المصدر الحديث: ٨

٢) الوسائل الباب ٦ من أبواب عقد النكاح واولياوالعقد الحديث: ٣

٣) نفس الصدر الحديث : ٩

٤) الوسائل الباب ٩ من أبواب عقد النكاح واولياءالعقد الحديث : ٢

٥) ج ــ ٢ مستند العروة كتاب النكاح ص: ٢٥٦

كتاب النكاح ______

لاحظ مارواه منصور بن حازم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : تستأمر البكر وغيرها ولا تنكح الا بأمرها (* ١) .

ولاحظ ما رواه ميسرة قال: قلت لأبسي عبدالله عليمه السلام: القى المرأة بالفلاة التي ليس فيها احد، فاقول لها: ألك زوج ؟ فتقول: لا ؟ فاتزوجها ؟ قال نعم هى المصدقة على نفسها (* ٢).

ولاحظ ما رواه عبيد بن زرارة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن مملوكة كانت بيني وبين وارث معي فاعتقناها « فاعتقها . فاعتقتها. خ ل » ولهااخ غائب وهي بكر أيجوز لي ان ازوجها أو لايجوز الا بأمر اخيها ؟ قال : بلى يجوز ذلك ان تزوجها ، قلت : فاتزوجها ان اردت ذلك ؟ قال : نعم ؟ (*٣) .

وفي المقام نصوص تدل على اشتراط اذن الأب في نكاح البكر: منها: ما رواه ابو مريم ، عن أبسي عبدالله عليه السلام قال: الجارية البكر التي لها الأب لاتنزوج الا باذن ابيها ، وقال: اذا كانت مالكة لأمرها تزوجت متى « ما . خ » شائت (* 2) .

ومنها: ما رواه ابن بكير ، عن رجل ، عن أبي عبدالله عليه السلام قــال : لابأس ان تزوج المرأة نفسها اذا كانت ثيباً بغير اذن ابيها اذا كان لابأس بمــا صنعت (* ٥) .

ومنها: ما رواه سعيد بن اسماعيل، عن ابيه ، قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل تزوج ببكر أوثيب لايعلم أبوها ولااحد من قرابتها، ولكن تجعل المرأة وكيلا فيزوجها من غير علمهم ، قال: لايكون ذا (* ٦).

١) الوسائل الباب ٩ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ١
 ٢ و٣) الوسائل الباب ٣ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٥ و٩
 ٤ و٥ و٦) نفس المصدر الحديث : ٧ و١٤ و١٥

ومنها : مــا رواه زرارة بن اعين قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : لاينقض النكاح الا الآب (* ١) .

ومنها : ما رواه محمد بن مسلم ، عن أيي جعفر عليه السلام قــال : لاينقض النكاح الا الآب (* ٢) .

ومنها : ما رواه ابن أبي يعفور ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لاتنكح ذوات الاباء من الابكار الا باذن آبائهن (* ٣) ومنها ما رواه صفوان (* ٤).

اذا عرفت ذلك نقول: تقع المعارضة بين هذه الطائفة وما يدل على استقلال الآب وان شئت قلت: ما يدل على استقلال الآب يعارض ما يدل على استقلال البكر وأيضاً يعارض ما يدل على لزوم رضا الآب والبكر جميعاً وحيث ان مذهب العامة مختلف على ما في كلام صاحب الحدائق (قده) (* ه) لاترجيح في احد الطرفين من هذه الجهة فتصل النوبة الى ما يدل باطلاقه ان امرها بيدها.

فالحق هو القول الثاني ، لكن يرد على هذا التقريب ان ما يدل على استقلال الآب يعارض ما يدل على استقلال البكر فان ما يدل على استقلاله لايجتمع مع ما يدل على كفاية رضا البكر فالنتيجة ان النصوص متعارضة وحيث ان المرجح الاول في باب الترجيح الموافقة مع الكتاب يكون الكتاب مرجحاً لما يدل باطلاقه على جواز النكاح فان مقتضى قوله تعالى « فانكحوا ما طالب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع » (* *) وقوله تعالى « وانكحوا الا يامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله والله واسع

١ و٢) الوسائل الباب ٤ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ١ و٥

٣) الوسائل الباب ٦ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٥

٤) لاحظ ص: ٥٣٨

٥) ج ٢٣ ص : ٢٧٤

٦) النساء/٣

كتاب النكاح _____

عليم (* ١) جواز نكاح البكر بلا اذن ابيها .

وبعبارة اخرى: ان المستفاد من الايتين جواز النكاح على الاطلاق بلا اشتراط اذن الآب ، وان شئت قلت : ان المستفاد منهما كفاية اذن البكر كما انهما تدلان على كفاية رضى الزوج فالنتيجة انه يتحقق النكاح باذن البكر ولايشترط فيه اذن الاب.

وقد بنينا اخيراً على انحصار المرجح في الأحدثية وتعرضنا لتفصيل البحث في خاتمة الجزء الثامن من هذه الموسوعة وعلى هذا حيث ان الاحدث غير محرز يدخل المقام في باب اشتباه الحجة بغيرها فلابد من الاحتياط والله العالم .

ثم انه ليس في هذه النصوص ما يدل على ولاية الجد على البكر الرشيدة فعلى القول بولاية الأب استقلالا أو اشتراكا لاوجه لتسرية الحكم الى الجدويظهر من كلماتهم التسالم على ولايته أيضاً نعم النصوص التسى استدل بها على ولاية الجد على الصغيرة باطلاقها تشمل البالغة لاحظ ما رواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال: اذا زوج الرجل ابنة ابنه فهو جايز على ابنه ، ولابنه أيضاً ان يزوجها فقلت: فان هوى ابوها رجلاوجدها رجلا فقال: الجد اولى بنكاحها (*٢)

وما رواه عبيد بن زرارة قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوجها من رجل آخرفقال: الجد أولى بذلك مالم يكن مضاراً ان لم يكن الأب زوجها قبله، ويجوز عليها ترويج الاب والجد (**).

وما رواه ابو العباس عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا زوج الرجل فأبي ذلك والده فان تزويج الآب جايـز وانكره الجد ليس هذا مثل الذي يقمله الجد ثم يريد الآب أن يرده (* ٤).

١) النور/٣٢

٢ و٣ و٤) الوسائل الباب ١٦ من عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ١ و٢ و٦

الا اذا منعها الولىعن التزويج بالكفؤ شرعاً وعرفاً فانه تسقط ولايته حينئذ (١٠ .

ولكن ترفع اليدعن اطلاقها بمادل على أن البالغة الرشيدة أمرها بيدها لاحظ ما رواه محمد بن مسلم وزرارة وبريد بن معاوية كلهم عن أبى جعفر عليه السلام قال: المرأة التى قد ملكت نفسها غيرالسفيهة ولا المولى عليها تزويجها بغيرولي جايز (* ١).

وما رواه عبــد الرحمن بن أبي عبدالله ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : تزوج المرأة من شائت اذا كانت مالكة لامرها ، فــان شائت جعلت ولياً (* ٢) وما رواه منصور بن حازم (* ٤) .

١) قد ذكرت لاثبات المدعى وجوه: الوجه الاول: الاجماع، نقل دعواه عن الشرايع والتذكرة والقواعد وجامع المقاصد والمسالك وكشف اللثام وعن الجواهر ادعاء الاجماع بقسميه عليه وهو العمدة وان أمكن النقاش في كونه تعبدياً كاشفاً اذ يحتمل الاستناد الى بقية الوجوه والله العالم.

الوجه الثاني: دليل نفى العسروالحرج بتقريب: ان المستفاد من الأدلة كون البكر الرشيدة مالكة لأمرها وزواجها لكن قيد الدليل باشتراط اذن الآب ودليل الاشتراط مقيد بصورة عدم الحرج فان دليله حاكم على جميع ادلة الاحكام ففي صورة الحرج ترفع اليد عن دليل التقييد ويبقى دليل كون اختيارها بيدها سالماً عن المعارض فلامجال لآن يقال: ان دليل نفى الحرج رافع للحكم لامثبت اذظهر ان الاثبات ليس بدليل نفي الحرج لكن هذا الوجه يختص بصورة كون الاشتراط حرجاً لامطلقاً.

١) الوسائل الباب ٣ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث: ١

٢) نفس المصدر الحديث : ٨

٣ و٤) لاحظ ص: ٥٣٩٠

الوجه الثالث : ما رواه أبو حمزة الثمالي ، عن أبي جعفر عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه و آله قال لرجل : أنت ومالك لأبيك ، ثم قال أبو جعفر عليه السلام : ما احب « لاتحب خ ل » أن يأخذ من مال ابنه الا ما احتاج اليهمما لابد منه ان الله لا يحب الفساد (* 1) .

بتقريب ان المستفاد من الحديث ان ولاية الآب محدودة في مال الولد فبطريق اولى محدودة في باب النكاح فان العرض اهم من المال وان الله لايحب الفساد .

الوجه الرابع: انه يستفاد من بعض نصوص ولايــة الآب ان جعل الولاية لأجل مصلحة البنت وان لــلأب النظر لاحظ ما رواه فضل بن عبد الملك (* ٢) فجعل الولاية بلحاظ مصلحة البنت فلا تبقى ولايته مع العزل.

الوجه الخامس: انه يستفاد من عدة نصوص ان الزوج اذا طلق زوجته طلاقاً على طبق مذهبه يكون الطلاق صحيحاً ويجوز تزويج المرأة وقد علل في بعض تلك النصوص بأنها لاتترك بلا زوج لاحظ ما روي عن أبي عبدالله عليه السلام قال قلت له :امرأة طلقت على غير السنة، فقال: يتزوج هذه المرأة لاتترك بغير زوج (*٣) فان المستناد من هذا التعليل ونحوه ان المرئة لاتترك بلا زوج، فلاحظ.

١) يمكن الاستدلال على المدعى بوجوه: الوجه الاول: ان العقد بالاجازة ينسب الى من بيده الامر فيصح وبعبارة اخرى: الفضولي يصح بالاجازة لتحقق النسبة بقاء، وان شئت قلت العقد يصير منسوباً الـى المجيز فيصير موضوعاً للحكم.

١) الوسائل الباب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به الحديث: ٢

٢) لاحظ ص: ٣٧٥

٣) الوسائل الباب ٣٠ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه الحديث: ٣

وفيه انه لااشكال في أن الشبىء لاينقلب عما هوعليه والانقلاب محال والمفروض ان اذن الولي شرط في صحة العقد ومن ناحية اخرى المفروض ان ما وقع فضولة لم يكن واجداً للشرط ففي زمان حدوث العقدلم يكن مقروناً بالشرط وبقاء لايكون عقداً جديداً.

وصفوة القول: ان الفاقدللشرط لايصيرواجداًفالفضولي لايكون صحيحاً على طبق القاعدة الاوليةكما هو المدعى عند القوم بل يحتاج الى دليل خاص.

الوجه الثاني: ما رواه ابوعبيدة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوجهما وليسان لهما وهما غير مدركين قال: فقال: النكاح جائز ايهما أدرك كان له الخيار فان ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر الا أن يكون قد أدركا ورضيا، قلت: فان أدرك احدهما قبل الاخر قال: يجوز ذلك عليه ان هورضي، قلت: فانكان الرجل الذي أدرك قبل المجارية ورضي النكاح ثممات قبل أن تدرك المجارية أتر ثه ؟ قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها الى اخذ الميراث الا رضاها بالتزويج ثم يدفع اليها الميراث ونصف المهر قلت: فان ماتت الجارية ولم تكن أدركت أير ثها الزوج المدرك ؟ قال: لالأن لها الخيار اذا ادركت قلت: فان كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك قال: يجوز عليها تزويج الأب ويجوز على الغلام والمهر على الأب للجارية (* 1).

فان المستفاد من الحديث ان عقد النكاح فضولة يصح بالاجازة ، وفيه انه يتوقف على استفادة الكلية من الحديث وادعاء عدم الفرق بين الموارد وهل يمكن هذه المدعوى بالنسبة الى الاحكام الشرعية التعبدية أم لا؟.

الوجه الثالث: ما ورد في نكاح العبد بدون اجازة المولى من الحكم بالصحة

١) الوسائل الباب ١١ من ابواب ميراث الأزواج الحديث : ١

مع الاجازة معللا بأنه لم يعص الله وانما عصى سيده ، لاحظ ما رواه زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده ، فقال : ذاك الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما، قلت : أصلحك الله ان الحكم بن عيينة وابر اهيم النخعي واصحابهما يقولون: ان اصل النكاح فاسد ولا تحل اجازة السيد له ، فقال أبو جعفر عليه السلام : انه لم يعص الله، وانما عصى سيده ، فاذا اجازه فهو له جايز (* ١) .

بتقريب ان المستفاد من الحديث بمقتضى عموم التعليل ان العقد لو لم يكن فاقداً للشرائط وكان نقصا نه بلحاظ فقده اذن بيده الأمريصح بالاجازة اللاحقة فالعقد القضواي يصح بالاجازة اللاحقة مطلقاً .

وفيه: اولا انه حكم وارد في مورد العبد وبعموم العلة نتعدي عن زواجه الى بيعه وصلحه وبقية عقوده واما السراية الى غير العبد فلاوجه له وان شئت قلت مقتضى عموم العلة أن يقال: ان العبد اذا عقد عقداً بلا اذن المولى يصح عقده باجازة اللاحقة وأما في غير العبد فبأي تقريب نلتزم بالسراية ، وبعبارة اخرى: العبد موضوع للحكم وتسرية الحكم من موضوع الى موضوع آخر يتوقف على الدليل ، وبعبارة ثالثة العلة المنصوصة المذكورة كون العبد لم يعص الله فلابد من التحفظ على عنوان الموضوع .

وثانياً: انسه يستفاد من روايه اخرى لزرارة ان العقد صحيح غاية الأمر ان المولى يجوز لسه فسخه وهي مسا رواه زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج عبده « امرأة » بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه قال: ذاك لمولاه ان شاء فرق بينهما فان فرق بينهما فللمرأة

١) الوسائل الباب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث : ١

(مسألة ۱): يجري في صورة عقد النكاح الدائـــم أن تقول الزوج: الزوجة للزوج: زوجتك نفسي بمهر دينـــار مثلا، فيقول الزوج: قبلت واذاكانت الزوجة قد وكلت كيلا قال وكيلهاللزوج: زوجتك موكلتي هنداً مثلابمهر دينار، فيقول الزوج قبلت واذاكان الزوج قد

ما أصدقها ، الا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً، و ان اجاز نكاحه فهماعلى نكاحهما الاول ، فقلت لابي جعفر عليه السلام : فان اصل النكاح كان عاصياً ، فقال أبو جعفر عليه السلام : انما اتى شيئاً حلالا وليس بعاص لله انماعصى سيده ولم يعص الله ان ذلك ليس كاتيان ما حرم الله عليه من نكاح في عدة واشباهه (* 1)

ولاحظ ما رواه علي بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر، عن أبيه ، عن آبائه عن علي عليهم السلام انه اتاه رجل بعبده ، فقال : ان عبدي تزوج بغير اذني فقال علي عليه السلام لسيده ، فرق بينهما ، فقال السيد لعبده : يا عدوالله طلق ، فقال له علي عليه السلام كيف قلت له ؟ قال : قلت له : طلق ، فقال علي عليه السلام للعبد: أما الان فان شئت فطلق وان شئك فامسك ، فقال السيد : يا أمير المؤمنين أمر كان يبدي فجعلته بيد غيري، قال : ذلك لأنكحين قلت له : طلق أقررت له بالنكاح (*٢)

ولكن الحق: ان المستفاد من الحديث الأول لزرارة صحة العقد الفضولي بالأجازة اللاحقة الصادرة ممن بيده الأمر فان العرف يفهم من هذا الحديث كبرى كلية وهي ان العقد الفاقد للشرط المذكور يصح بالأجازة فيما لايكون معصية لم تعالى والحديث الثاني لزرارة يدل على جواز الأجازة ايضاً فالنتيجة ان العقد الفضولي يصح بالأجازة اللاحقة ولذا بنينا على صحة البيع الفضولي بالأجازة

١) نفس المصدر الحديث: ٢

٢) الوسائل الباب ٢٧٠ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث : ١

وكل وكيلا قالت الزوحة لوكيل الزوج: زوجت موكلك زيداً مثلا نفسى بمهردينا مثلا ، فيقول الوكيل: قبلت واذا كان كل من الزوج والزوجة قد وكل وكيلا قال وكيل الزوجة لوكيل الزوج: زوجت موكلك زيداً موكلتى هنداً بمهر دينار مثلا ، فيقول وكيل الزوج: قبلت (ويجوز لشخص واحد تولى طرفى العقد حتى الزوج نفسه (٢).

اللاحقة في باب البيع ، والله العالم .

١) لااشكال عندهم في تحقق العقد بهذه المادة اذاكانت بصيغة الماضي و يكون
 الايجاب مقدماً على القبول في حال كون الايجاب من الزوجة .

وبعبارة اخرى : ما أفاده الماتن هــو القدر المتيقن مــن الصحيح في مورد العقد والسيرة جارية عليه كما انه لااشكال نصاً وفتوى في جواز التوكيل منقبل الزوجة والزوج كبقية العقود والايقاعات .

 γ) كما في بقية الموارد وربما يقال انه لايجوز لرواية عمار الساباطي قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة تكون في اهل بيت فتكره أن يعلم بها اهل بيتها ، ايحل لها ان توكل رجلا يريد أن يتزوجها γ تقول له: قدوكلتك فاشهد على تزويجي γ قال : لا ، قلت له : جعلت فداك وان كانت ايما قال : وان كانت ايما ، قلت : فان وكلت غيره بتزويجها «فيزوجها خ ل » منه ، قال : نعم (γ) بتقريب ان المستفاذ من الرواية النهي عن تولي طرفي العقد اذاكان المتولي بحو الزوج ، ولكن يمكن أن يقال ان المستفاد من الحديث ان النهي عن كون المتولي للعقد هو الشاهد على النكاح وحيث ان الخاصة لايقولون باعتبار الاشهاد

١) الوسائل الباب ١٠ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٤

لكن الاحوط استحباباً أن لايتولي الزوج الايجاب عـن الزوجـة والفبول عن نفسه ١٠.

(مسألة ٢): لايشترط الشهود في صحة النكاح (٢ ولا يلنفت الـي دعوى الزوجية بغير بينة مع حلف المنكر وان تصادقا على

عند الزواج تكون الرواية محمولة على بيان الحكم تقيمة لأن العامة يشترطون أن لايكون الشاهد هـو الزوج وعلى الجملة المستفاد من الرواية النهي عن كون الزوج وكيل في العقد وشاهداً على الزواج فلا ترتبط الرواية بما نحن فيه ، فلاحظ.

١) خروجاً عن شبهة الخلاف .

٢) بلاكلامخلافاً للعامة ويكفي للمدعى الاطلاقات والسيرة الجارية الخارجية
 بلا نكير ، مضافاً الى جملة من النصوص : منها ما رواه هشام بن سالم ، عن أبي
 عبدالله عليه السلام قال : انما جعلت البينات للنسب والمواريث (* ١).

ومنها: ما رواه زرارة بناعين قال: سئل ابو عبدالله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة بغير شهود ، فقال لابأس بتزويج البتة فيمابينه وبين الله ، انما جعل الشهود في تزويج البتة من اجل الولد ، لولا ذلك لم يكن به بأس (* ٢).

ومنها: ما رواه حفص بن البختري ، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يتزوج بغير بينة ، قال: لابأس (* ٣) .

ومنها : ما رواه زرارة قال : قال أبو جعفر عليه السلام : انما جعلت الشهادة في النكاح للميراث (* ٤) .

١) الوسائل الباب ٤٣ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ١

٢ و٣ و٤) نفس المضدر الحديث: ٣ و٤ و٨

الدخول ('فلو رد اليمين فحلف المدعي حكم بها(' كمــا انه يلزم المقر باقراره على كل حال ("ولـو تصادقاً على الزوجية ثبتت (أ. والقول قول الاب في تعبين المعقودعليها بغير تسمية مع رؤية الزوج للجميع والا بطل العقد ("ويستحب أن يتخير البكــر (أ

١ اذ مجرد الدعوى لايترتب عليه اثروالمستفاد من الادلة ان وظيفة المدعي
 اقامــة البينة واليمين على المنكر ومقتضى الاطلاق عـدم الفرق بين التصادق على
 الدخول وعدمه .

- ٢)كما هو الميزان في اليمين المردودة .
 - ٣) لقاعدة الاقرار .
 - ٤) لأن الحق ليس خارجاً عنهما .
- ه) لاحظ ما رواه أبو عبيدة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كن له ثلاث بنات ابكار فزوج احداهن رجلا ولم يسم التي زوج للزوج ولاللشهود وقد كان الزوج فرض لها صداقها ، فلما بلغ ادخالها على الزوج بلغ الزوج انها الكبرى من الثلاثة ، فقال: الزوج لأبيها: انما تزوجت منك الصغيرة من بناتك قال: فقال أبو جعفر عليه السلام: ان كان الزوج رآهن كلهن ولم يسم له واحدة منهن فالقول فيذلك قول الأب، وعلى الأب فيما بينه وبين الله أن يدفع الى الزوج مميرهن المجارية التي كان نوى أن يزوجها إياه عند عقدة النكاح ، وان كان الزوج لم يرهن كلهن ولم يسم له واحدة منهن عند عقدة النكاح باطل (* ١).

۲) لاحظ ما رواه عبد الاعلى بن اعين مولى آل سام عن أبي عبدالله عليه السلام
 قال : قال رسول الله صلى الله عليه و آله : تزوجوا الابكار فانهسن اطيب شيىء
 افواها قال : (وفي حديث آخر) وانشفه ارحاماً، وادرشيىء اخلافاً (احلاماً) وافتح

١) الوسائل الباب ١٥ من ابواب عقد التكاح واولياء العقد الحديث: ١

العفيفة (الكريمة الاصل' وصلاة ركعتين عند ارادة التزويج والدعاء بالمأثور

شيىء ارحاماً ، أما علمتم اني اباهي بكم الا مم يوم القيامة حتى بالسقط يظل محبنطياً على باب الجنة ، فيقول الله عزوجل : ادخل فيقول: لاادخل حتى يدخل أبو اي قبلي فيقول الله تبارك وتعالى لملك من الملائكة : اثنني بأبويه فيأمر بهما الى الجنة ، فيقول : هذا بفضل رحمتى لك (* ١) .

١) لاحظ ما رواه جابر بن عبدالله قال: سمعته يقول: كنا عند النبي صلى الله عليه وآله فقال: ان خير نسائكم الولود الودود العفيفة العزيزة في اهلها، الذليلة مع بعلها، المتبرجة مع زوجها، الحصان على غيره التي تسمع قولـه، وتطيع أمره، وإذا خلابها بذلت له ما يريد منها، ولم تبذل كتبذل الرجل (* ٢).

لاحظ ما رواه السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قــال : قال النبي
 صلى الله عليه وآله: اختارو النطفكم فان الخال احد الضجيعين (*٣) .

وما رواه باسناده قال: قال رسول الله صلى الله عليه و آلمه: انكحوا الاكفاء وانكحوا فيهم واختارو النطفكم (* ٤) وما عن النبى صلى الله عليه و آله قال: قام النبي صلى الله عليه و آله خطيباً فقال: ايها الناس اياكم وخضراء الدمن قيل: يا رسول الله صلى الله عليه و آله: وما خضراء الدمن ؟ قال: المرأة الحسناء في منبت السوء (* ٥).

وقال في الجواهر (* ٦): «وقيل: المراد من كرم الأصل من لم يكن مس آبائها رق وقيل بأن يكون ابواها صالحين ، ويمكن ارادة ما يشمل جميع ذلك

١ و٢) الوسائل الباب ١٧ و٦ من ابواب مقدماتِ النكاح وآدابه الحديث: ١ و٢

٣) الوسائل الباب ١٣ من ابواب مفدمات النكاح وآدابه الحديث : ٢

٤ و٥) نفس المصدر الحديث: ٣ و٤

٦) ج - ٢٩ ص : ٢٧٠ .

وهو: «اللهم آني اريد أن اتزوج فقدر لي من النساء اعفهن فرجـــا واحفظهن لي في نفسها ومالي واوسعهن رزقاً واعظمهن بركة » (١. والاشهاد على العقد (٢

منه على معنى ان ليس في اصلها ما هو معيب ومذموم » .

١) لاحظ ما رواه أبو بصير قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: اذا تزوج احدكم كيف يصنع ؟ قال: قلت له: ما ادري جعلت فداك قال: اذا هم بذلك فليصل ركعتين ويحمدالله ويقول: « اللهم اني اريد أن اتزوج اللهم فاقدر لي من النساء اعفهن فرجاً واحفظهن لي في نفسها وفي مالي، واوسعهن رزقاً واعظمهن بركة، واقدر لي منها ولداً طيباً تجعله خلفاً صالحاً في حياتي وبعد موتي » فاذا ادخلت عليه فليضع يده على ناصيتها ويقول: اللهم على كتابك تزوجتها، وفي امانتك أخذتها، وبكلماتك استحللت فرجها فان قضيت في رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سوياً، ولا تجعله شرك شيطان » قلت: وكيف يكون شرك شيطان ؟ فقال: ان الرجل اذا دنا من المرأة وجلس مجلسه حضره الشيطان، فان هو ذكر اسم الله تنحى الشيطانعنه وان فعل ولم يسم أدخل الشيطان ذكره فكان العمل منهما جميعاً والنطفة واحدة، قلت: فبأي شيىء يعرف هدذا جعلت فداك ؟ قال: بحبنا وبغضنا (* ١).

۲) لاحظ ما رواه المهلب الدلال انه كتب الى أبى الحسن عليه السلام ان امرأة كانت معي في الدار، ثم انها زوجتنى نفسها، واشهدت الله وملائكته على ذلك ثم ان اباها زوجهامن رجل آخر، فما تقول ؟ فكتب عليه السلام: التزويج الدائم لا يكون الا بولي وشاهدين، ولا يكون تزويج متعة ببكر، استر على نفسكوا كتم

١) الوسائل: الباب ٥٣ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ١.

والاعلان به '' والخطبة امام العقد '' وايقاعه ليلا ''وصلاة ركعتين عند الدخول''

رحمك الله (* ١).

١) قال في الجواهر: (٣٠) « للأمربه في النبوي صلى الله عليه و آله «اعلنوا هذا النكاح»بل في المسالك الاستدلال عليه بالخصوص بما روي « ان النبي صلى الله عليه و آله كان يكره نكاح السرحتى يضرب بدف ويقال: اتيناكم اعناكم فحيونا نحييكم ».

ولاحظ ما عن غلي قال: اجتاز النبي صلى الله عليه وآله بدار على حبار فسمع صوت دف فقال: ما هذا ؟ قالوا علي حبار أعرس بأهله فقال صلى الله عليه وآله: حسن هذا النكاح لاالسفاح ثـم قال صلى الله عليه وآله: اسندوا النكاح واعلنوه بينكم واضربوا عليه بالدف فجرت السنة في النكاح بذلك (* ٣).

٢) لاحظ ما روي عن رسول الله صلى الله عليه و آله : انه قال : كل نكاح
 لاخطبة فيه فهو كاليد الجذاء (* ٤).

٣) لاحظ ما رواه الحسن بن علي الوشا عن أبي الحسن الرضا عليه السلام
 قال : سمعته يقول في التزويج قال : من السنة التزويج بالليل لأن الله جعل الليل
 سكناً ، والنساء انما هن سكن (* ٥) .

٤) لاحظ ما رواه أبو بصير قال: سمعت رجـــلا وهو يقول لأبي جعفر عليه السلام اني رجل قد اسننت وقد تزوجت امرأة بكراً صغيرة ولم ادخل بها ، وانا اخاف اذا دخلت على فرأتنى أن تكرهنى لخضابى وكبري ، فقال أبو جعفر عليه

١) الوسائل الباب ١١ من ابواب المتعة الحديث : ١١.

۲) ج - ۲۹ ص: ٤٠٠

٣) بحار الانوارج ١٠٣ ص ٢٧٥/ الحديث: ٣٧

٤) مستدرك الوسائل: الباب ٣٣ من ابواب مقدمات النكاح الحديث: ١.

٥) الوسائل الباب ٣٧ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ٣.

والدعاء بالمأثور بعدأن يضع يده على ناصيتها وهو « اللهم على كنابك زوجتها وفي امانتك اخذتها و بكلماتك استحللت فرجها فان قضيت لي في رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سوياً ولا تجعله شرك شيطان » (ا وامرها بمثله (الله ويسأل الله تعالى الولد الذكر (الا ويكره ايقاع العقد

السلام: اذا دخلت فمرهم قبل ان تصل اليك ان تكون متوضية ، ثم انت لاتصل اليها حتى توضأ وصل ركعتين ، ثم مجد الله وصل على محمد وآل محمد ، ثم ادع الله ومر من معها أن يؤمنوا على دعائك ، وقل : « اللهم ارزقنى الفها وودها ورضاها ، وارضني بها واجمع بيننا باحسن اجتماع وآنس ايتلاف فانك تحب الحلال وتكره الحرام » ثم قال : واعلم ان الألف من الله ، والفرك من الشيطان ليكره ما احل الله (* 1).

- ١) لاحظ ما رواه أبو بصير (* ٢) .
- لاحظ ما رواء أبو بصير (٣٣) لكن ليس في هذه الرواية الاامرها بالوضوء
 وأما امرها بغير الوضو فلم اظفر بدليله ، والله العالم .
- ٣) لاحظ ما رواه محمد بن مسلم، عن أبي جعفرعليه السلام قال: اذاأردت
 الجماع فقل: اللهم ارزقني ولدأواجعله تقيأ زكيا ليس في خلقه زيادة ولا نقصان
 واجعل عاقبته الى خير (* ٤).

وما روي في حديث اربعماة قال : اذااراداحدكممجامعة زوجته فليقل اللهم اني استحللت فرجها بأمرك وقبلتها بامانتك فان قضيت لي منهـا ولداً فاجعله ذكراً

١) الوسائل الباب ٥٥ من ابواب مقدمات النكاح وادابه الحديث : ١

٢) لاحظ ص: ٥٥١

٣) لاحظ ص: ٢٥٥

٤) الوسائل الباب ٥٥ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ٥.

والقمر في العقرب (1 وتزويج العقيم (1 والجماع في ليلة الخسوف ويوم الكسوف^۳

سويا الحديث (* ١) .

١) لاحظ ما روي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : من تزوج امراة والقمر
 في العقرب لم يرالحسنى (* ٢) .

٧) لاحظ ما رواه جابر بن عبدالله قال: سمعته يقول: قال رسول الله صلى الله عليه واله: الا اخبركم بشرار نسائكم ؟ الذليلة في اهلها ، العزيزة مع بعلها، العقيم الحقود التي لاتتورع من قبيح المتبرجة اذا غاب عنها بعلها ، الحصان معه اذا حضر لاتسمع قوله ولا تطيع امره ، واذا خلابها بعلها تمنعت منه كما تمنع الصعبة عندركوبها ، ولا تقبل منه عذراولا تغفر له ذنباً (* ٣) .

٣) لاحظ ما رواه عبدالرحمن بنسالم، عن ابيه ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : هـل يكره الجماع في وقت من الاوقات وان كان حلالا ؟ قال : نعم ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس، ومن مغيب الشمس الى مغيب الشفق وفي اليوم الذي تنكسف فيه الشمس ، وفي الليلة التى ينكسف فيها القمر ، وفي الليلة وفي اليوم اللذين يكون فيهما الريح السوداء أو الريح الحمراء أو الريح الصفراء واليوم والليلة اللذين يكون فيهما الزلزلة، ولقد بات رسول الله صلى الله عليه و آله عند بعض أزواجه في ليلة انكسف فيها القمر فلم يكن منه في تلك الليلة ما يكون منه في غيرها حتى أصبح، فقالت له : يارسول الله البغض كان هذه الليلة ؟ قال : لا، ولكن هذه الاية ظهرت في هذه الليلة فكرهت ان اتلذذ وألهو فيها وقد عير الله في كتابه اقواماً فقال : « وان يرواكسفاء من السماء ساقطاً يقولوا سحاب مركوم *

١) بحار الانوارج ١٠٣ ص ٢٨٧ اِلحديث: ١٩

٢) الوسائل الباب ٤٥ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه البحديث : ١٠

٣) الوسائل: البابَ γ من ابواب مفدمات النكاح وآدابه الحديث: ١.

وعند الزوال (١ الايوم الخميس (٦

فذرهم حتى يلاقوا يومهم الذي فيه يصعقون » ثم قال أبوجعفرعليه السلام، وايم الله لايجامع احد في هذه الاوقات التى نهى عنها رسولالله صلى الله صلى الله عليه واله وقد انتهى اليه الخبر فيرزق ولداً فيرى في ولده ذلك ما يحب (* ١).

١) لاحظ مارواه ابو سعيد الخدري في وصية النبي صلى الله عليه واله لعلى عليه السلام انه قال: يا على لاتجامع امرأتك بعد «قبل. علل » الظهر فانه ان قضى بينكما ولــد في ذلك الوقت يكون أحول، والشيطان يفرح بالحول فـــي الانسان « الى أن قال : » ياعلى لاتجامع امرأتك في ليلة الفطرفانه ان قضى بينكما ولد « لم يكن ذلك الولد الاكثير الشر » فيكبر ذلك الولد ولا يصيب ولد الاعلى كبر السن ، يا على لاتجامع امرأتك في ليلة الاضحى فانه ان قضى بينكما ولـــد أ يكون له ست اصابع أواربع اصابع ياعلي لاتجامع امرأتك تحت شجرة مشرة فانه ان قضى بينكما ولد يكون جلاد اقتالا أو عريفاً ، يا علي لاتجامع امرأتكفي وجه الشمس وتلألئها الا ان ترخى سترأ فيستركما فانه ان قضى بينكما ولدلايزال في بؤس وفقر حتى يموت ، ياعلي لاتجامع امرأتك بين الاذان والاقامة فانه ان قضى بينكما ولد يكون حريصاً على اهراق الدماء ، يــا على لأتجامع اهلك في النصف من شعبان فانه ان قضى بينكما ولد يكون مشؤماً ذا شامة في وجهه (*٢) ٧) لاحظ مارواه أبوسعيد الخدري في وصية النبي صلى الله عليه واله لملي عليه السلام قال : يا علىعليك بالجماع ليلة الاثنين فانه ان قضى بينكما ولديكون حافظاً لكتاب الله راضياً بما قسم الله عزوجل ، يا على ان جامعت اهلك ليلة الثلثا فقضى بينكما ولد فانه يرزقالشهادة بعد شهادةان لااله الا الله ، وان محمدارسول

١) الوسائل الباب ٦٢ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ١ .

٢) الوسائل الباب ١٤٩ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ١.

وعند الغروب قبل ذهاب الشفق¹¹ وفي المحاق ⁷⁰ وبعد الفجر حتى تطلع الشمس ⁷⁰ وفي اول ليلة منالشهر ¹³

الله صلى الله عليه واله، ولايعذبه الله مع المشركين، ويكون طيب النهكة والفم رحيم القلب، سخي اليد ، طاهر اللسان من الكذب والغيبة والبهتان ، يا علي وان جامعت اهلك ليلة الخميس فقضى بينكما ولد فانه يكون حاكماً من الحكام «الحكماء خ» أو عالماً من العلماء ، وان جامعتها يوم الخميس عند زوال الشمس عن كبد السماء فقضى بينكما ولد ، فان الشيطان لايقر به حتى يشيب ويكون قيما ويرزقه الله السلامة في الدين والدنيا ، يا علي وان جامعتها ليلة الجمعة وكان بينكما ولد فانه يكون خطيباً قوالا مفوها ، وان جامعتها يوم الجمعة بعد العصر فقضى بينكما ولد الخرة فانه يكون معروفاً مشهوراً عالماً ، وان جامعتها في ليلة الجمعة بعد العشاء الاخرة فانه يرجى أن يكون الولد من الابدال ان شاءالله (* ١) .

- ١) لاحظ ما رواه عبدالرحمن بن سالم (* ٢).
- ٢) لاحظ ما رواه سليمان بن جعفر الجعفري ، عن أبي الحسن عليه السلام
 قال : من أتى اهله في محاق الشهر فليسلم لسقط الولد (* ٣) .
 - ٣) لاحظ ما رواه عبدالرحمن بن سالم (* ٤).
- ٤) لاحظ ما عن أبي الحسن موسى عليه السلام ، عن أبيه ، عن جده قال كان فيما أوصى به رسول الله صلى الله عليه واله علياً عليه السلام قال: يا علي لا تجامع الملك في اول ليلة من الهلال ولا في ليلة النصف ولا في آخر ليلة فانه يتخوف على ولد من يفعل ذلك الخبل فقال علي عليه السلام ولم ذاك يا رسول الله ؟ صلى الله

١) الوسائل الباب ١٥١ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحِديث: ١

٢) لاحظ ص: 200

٣) الوسائل الباب ٦٣ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ .

٤) لاحظ ص: ١٥٥

الا رمضان (' وفي ليلة النصف من الشهر (' وعند الزلزلة والربح الصفراء والسوداء (' وفي السفينة (ه وعارياً ' السفينة (السفينة (السفي

عليه والـه فقال: ان الجـن يكثرون غشيان نسائهم في اول ليلة من الهلال وليلة النصف وفي آخر ليلة أما رأيت المجنون يصـرع في اول الشهر وفي وسطه وفي آخره (* 1).

- ١) لاحظ ما عن علي عليه السلام: يستحب أن يأتى الرجل أهله اول ليلة من شهر رمضان لقول الله عزوجل «احل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم»والرفث المجامعة (* ٢).
- ٢) لاحظ ما رواه مسمع بن أبي سيار ، عن أبي عبدالله عليه السلام قــال :
 قال رسول الله صلى الله عليه واله وسلم اكره لامتى أن يغشى الرجل أهله « امر أنه خ » في النصف مــن الشهر أو في غرة الهلال فان مردة الجن والشياطين تغشى بني آدم فيجيئون ويخبلون أما رأيتم المصاب يصرع في النصف من الشهر وعند غرة الهلال (* ٣) .
 - ٣) لاحظ ما رواه عبدالرحمن بن سالم (* ٤).
- ٤) لاحظ ما رواه محمد بسن العيص انه سأل أبا عبدالله عليه السلام فقال :
 اجامع وانا عريان ؟ فقال : لا ولا مستقبل «تستقبل خ» القبلة ولا تستدبرها (* ٥)
- ه) لاحظ مرسل الشبخ وهو قوله عليه السلام: لاتجامع في السفينة (* ٦).
 - ٦) لاحظ ما رواه محمد بن العيص.

١ و٢ و٣) الوسائل الباب ٦٤ منأبو ابمقدمات النكاح وآدابه الحديث: ١ و\$ و٢

٤) لاحظ ص : ٥٥٤

٥ و٦) الوسائل: الباب ٦٩ منابواب مقدمات النكاج وآدابه الحديث: ١ و٢

مبانی منهاج الصالحین ج ۹ وعقيب الاحتلام قبل الغسل(أ والنظر في فرج المرأة(أوالكلام بغير الذكر" والعزل عن الحرة بغير اذنها (٤ وأن يطرق المسافرليلا (٥ ويحرم الدخول بالزوجة قبل بلوغها تسع سنين (٦.

١) لاحظ ما ارسله الشيخ قال قسال رسول الله صلى الله عليه واله: بكره أن يغشى الرجل المرأة وقد احتلم حتى يغتسلمن احتلامه الذي رأى فان فعل فخرج الواد مجنوناً فلا يلو من الانفسه (* ١).

٢) لاحظ ما رواه سماعة قــال : سألته عن الرجل ينظر في فرج المرأة وهو يجامعها ؟ قال : لابأس به الا أنه يورث العمى (* ٢).

٣) لاحظ ما رواه عبدالله بن سنان قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : اتقوا الكلام عند ملتقى الختانين فانه يورث الخرس (* ٣).

٤) لاحظ ما رواه محمد بن مسلم ، عن احدهما عليهما السلام انه سئل عـن العزل فقال: أما الامة فلابأس فأما الحرة فاني اكره ذلك الا أن يشترط عليهاحين يت; وجها (* ٤) .

ه) لاحظ ما رواه عبدالله بن سنان . عن أبي عبدالله عليه السلام قال : يكره للرجل اذا قدم من سفره أن يطرق اهله ليلا حتى يصبح (* ٥).

٦) لاحظ ما رواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال : اذا تزوج الرجل الجارية وهي صغيرة فلا يدخل بها حتى يأتي لها تسع سنين (* ٦) .

١) الوسائل : الباب ٧٠ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث ١ .

٢) الوسائل: الباب ٥٩ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ٣.

٣) الوسائل: البات ٦٠ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ١.

٤) الوسائل: الباب ٧٦ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ١.

٥ و٦) الوسائل : الباب ٦٥ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه والباب ٤٥ من هذه الأبواب الحديث ١

(مسألة ٣) : يجوز للرجل النظر الى مــن يريد التزويج إلها^{(١}

وما رواه زرارة ، عن أبيجعفر عليه السلام قال : لايدخل بالجارية حتى يأتى لها تسع سنين أو عشر سنين (* ١) .

ا) عن الجواهر نفى الخلاف فيه بين المسلمين ودعــوى الاجماع بقسميه عليه و تدل على المدعى جملة من النصوص منها مــا رواه محمد بن مسلم قال:
 سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يريد أن يتزوج المرأة أينظر اليها؟ قال:
 نعم انما يشتريها بأغلى الثمن (* ٢).

ومنها ما روي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لابأس بأن ينظر الى وجهها ومعاصمها اذا أراد أن يتزوجها (* ٣).

ومنها مارواه الحسن بن السري قال : قات لابي عبدالله عليه السلام : الرجل يريد أن يتزوج المرأة يتأملها وينظر الى خلفها والى وجهها ؟ قال: نعم لابأس أن ينظر الرجل الى المرأة اذا اراد أن يتزوجها ينظر الى خلفها والى وجهها (* ٤) وغيرها من النصوص الواردة في هذا الباب .

فالحكم في الجملة مما لااشكال فيه وانما قيد الجواز في المتن بعدم التلذذ . واستدل عليه بما ارسله الفضل عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت: اينظر الرجل الى المرأة يريد تزويجها فينظر الى شعرها ومحاسنها ؟ قال : لابأس بذلك اذالم يكن ملنذذا (* ٥) والمرسل لااعتبار به .

واستدل عليه ايضاً بأن جواز النظر بلحاظ ارادة التزويج لابداعي التلذذ .

وفيه: ان الكلام في التلذذ المجامع مع الفرد الجايز من النظر وبعبارة واضحة: نفرض ان المكلف يريدتزويج المرثة الفلانية وشرائط الجواز موجودة

١ و٢ و٣ و٤) الوسائل الباب٥٥ و٣٦ من ابواب مقلمات النكاح وآدابه العديث :

^{79 79 13} Y

٥) نفس المصدر الحديث: ٥ .

وشرائها (۱

لكن ينظر اليها ويتلذذ .

وصفوة القول: انه تارة ينظر اليها بقصد التلذذ وهذاخار جعن الفرضو اخرى ينظر بقصد ارادة التزويج غاية الامر يتلذذ والجزم بالحرمة يتوقف على اقامة دليل عليه ، فلاحظ .

١) ويمكن الاستدلال على المدعى بوجوه: الوجه الاول: ما رواه أبو بصير قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يعترض الامة ليشتريها، قال: لابأس بأن ينظر السى محاسنها ويمسها مالم ينظر الى مالا ينبغي النظر اليه (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بالبطائني.

الوجه الثاني: ما رواه حبيب بنالمعلى الخثعمي قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: اني اعترضت جواري المدينة فامذيت، فقال: أما لمن يريد الشراء فليس بهبأس و أما لمن لايريد أن يشتري فاني اكرهه (*٢) وهذه الرواية ضعيفة بالخثعمي.

الوجه الثالث: ما رواه عمران الجعفري ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لااحب للرجل أن يقلب الاجارية يريد شرائها (* ٣) وهذه الرواية ضعيفة بالجعفري.

الوجه الرابع ، ما رواه الحسين بن علوان ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن علي عليهم السلام انه كان اذا أراد ان يشتري الجارية يكشف عن ساقيها فينظر البها (* ٤).

وهذه الرواية تامة سنداً ، ويمكن الاستدلال به على المدعى فان جواز النظر الى الساق يستلزم جواز النظر الى وجهها وكفيها بالاولوية .

١) الوسائل: الباب ٢٠ من أبواب بيع الحيوان الحديث: ١٠

٢ و٣ و١) نفس المصدر الحديث: ٢ و٣ و١ .

وكذا الى نساء اهل الذمة (١

الوجه الخامس: ما ادعي من السيرة بتقريب ان الجواري كن في عهدهم يخدمن في المجالس والخدمة في المجامــع تستلزم وقوع النظر الى وجوههن وايديهن وهم أرواحنا فداهم لم يكونوا ينهون عنه .

ولكن هذاالوجه على فرض تماميته يكون دليلاعلى جواز النظرالي الاماءوالكلام في جواز النظر للمشتري ، فلاحظ .

الوجه السادس: ما رواه محمد بن مسلم (*۱) فانه يستفاد من هذه الرواية انه يجوز النظر للمشتري ولذا يجوز النظرلمن يريد الزواج حيث يشتري بأغلى الثمن ، والكلام في جواز النلذذ وعدمه هو الكلام فلا نعيد.

١) يمكن الاستدلال على المدعى بعدة نصوص منها: ما رواه السكوني ،
 عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله صلى الله عليه واله: لاحرمة لنساء
 اهل الذمة أن ينظر الى شعورهن وايديهن (*٢) وهذه الرواية ضعيفة بالنوفلي بل
 وبغيره ايضاً .

ومنها: ما رواه أبو البختري عن جعفر بن محمد ، عن أبيه ، عن علي بن ابيطالب عليه السلام قال: لاباًس بالنظر الى رؤوس نساء اهل الذمـة ، وقال: ينزل المسلمون على اهل الذمة في أسفارهم وحاجاتهم ولا ينزل المسلم على المسلم الا باذنه (* ٣) والسند ضعيف بأبي البختري.

ومنها: ما رواه عباد بن صهيب قبال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: لا بأس بالنظر الى رئوس اهل تهامة والأعراب واهل السواد والعلوج، لأنهم اذا نهوا لاينتهون، قال: والمجنونة والمغلوبة على عقلها لابأس بالنظر الى شعرها

١) لاحظ ص: ٥٥٩ -

٢ و٣) الوسائل: الباب ١١٢ من ابواب مقدمات النكاح و آدابه الحديث: ١ و٢

وجسدها مالم يتعمد ذلك (*1) وهذه الرواية تامة سنداً وتدل على المدعى بعموم العلة فان المستفاد منها ان عدم الانتهاء ملاك جوازالنظر بل لايبعد أن يكونالمراد بالعلوج هم الكفار على ما يظهر من مجمح البحرين .

وأما الكلام من حيث جواز التلذذ وعدمه هو الكلام بل يمكن أن يقال: ان المستفاد من الحديث جواز النظرمع التلذذ والشهوة حيث قيد الجواز في الذيل بعدم التعمد والتقسيم قاطع للشركة وقال صاحب الوسائل (قدس سره) في هذا المقام ، الظاهر ان المراد بالتعمدهنا النظر بشهوة .

١) لحديث عباد بن صهيب فان مقتضاه جواز النظر في مورد عدم تأثير النهي
 رأما تقييد الجواز بعدم التلذذ فقد مر الكلام فيه .

وصفوة القول: انه لم يقم دليل على حرمة التلذذبما هو بل الدليل قائم على حرمة النظر على الاطلاق لكن قد قيد ذلك الدليل بالمقيد ومقتضى الصناعة تقديم الدليل المقيد باطلاقه على الدليل المطلق، وبعبارة اخرى اطلاق المقيد حاكم على اطلاق المطلق.

۲) يمكن الاستدلال على المدعى بوجوه: الوجه الاول: السيرة الخارجية المتصلة بزمانهم عليهم السلام فانه لم يعهد تحجب النساء عن المحارم بل يعد مستنكراً عند المتشرعة.

الوجه الثاني: الاجماع بل الضرورة فانهنقل عن الجواهر دعوى الضرورة عليه .

الوجه الثالث: قوله تعالى « وقل للمؤمنات يغضضن من ابصارهن ويحفظن

١) الوسائل الباب ١١٣ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ١.

فروجهن ولايبدين زينتهن الا ما ظهرمنها وليضربن بخمرهن على جيوبهن ولايبدين زينتهن الالبعولتهن أو آباء بعولتهن او ابنائهن او ابناء بعولتهن أو اخواتهن أو ابني اخوانهن أو بني أخواتهن او نسائهن أو ما ملكت ايمانهن أو التابعين غير اولى الاربة من الرجال أو الطفل الذين لم يظهر و اعلى عور ات النساء ولا يضربن بارجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن » (* ١) .

فانه يستفاد من الاية الكريمة جواز النظر الى المذكورين وبعبارة اخرى : لامجال لأن يقال ان الاية غير متعرضة لجواز النظر بل متعرضة لجواز الابداء فان العرف يفهم من هذا التعبير كلا الامرين ، والعرف ببابك .

الوجه الرابع: ما ورد في باب غسل الميت من جواز تغسيل المرثة قرابتها من المحارم وكذا الرجل، منها مارواه منصور قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يخرج في السفر ومعه امرأته أيغسلها ؟ قال نعم وامه واخته ونحو هذا يلقى على عورتها خرقة (* ٢).

ومنها: ما رواه منصور بن حازم ، عن أبي عبدالله عليه السلام مثله الا انهقال الرجل يسافر مع امر أته (الى أن قال:) و نحوهما يلقى على عورتها خرقة و يغسلها (٣٣)

ومنها ما رواه الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام انه سئل عن الرجل يموت وليس عنده من يغسله الا النساء قال : تغسله امرأته أوذات قرابته ان كانت له ، ويصب النساء عليه الماء صبا الحديث (* ٤) فانه يستفاد من هذه النصوص جواز النظر الى المحارم .

الوجه الخامس: ما رواه السكوني ، عن جعفر بن محمد ، عن أبيه عليهما

۱) النور/۳۱.

٢ و٣ و٤) الوسائل: الباب ٢٠ من ابواب غسل الميت الحديث: ١ و٧ و٣

السلام قال : لابأس أن ينظر الى شعر امه او اخته او بنته (* ١) .

فانه يدل على المدعى في الجملة ويثبت الحكم عموماً بعدم القول بالفصل، وفي المقام عدة نصوص يستفاد منها خلاف المدعى منها ما رواه أبو الجارود عن أبي جعفر عليه السلام في قوله ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها فهي الثياب والكحل والخاتم وخضاب الكف والسوار والزينة ثلاث: زينة للناس وزينة للمحرم وزينة للزوج فأما زينة الناس فقد ذكرناه وأما زينة المحرم فموضع القلادة مما فوقها والدملج ومادونه والخلخال وما اسفل منه وامازينة الزوج فالجسد كله (*٢)

ومنها ما رواه ابن جعفر قال: سئلته عن الرجل ما يصلح له ان ينظر اليهمن المرئة التي لاتحل له قال الوجه والكف وموضع السوار (* ٣) وهذه الرواية ضعيفة بعبدالله بنحسن علىما في كلام سيدنا الاستاد (*٤) مضافاً الى أنها لاتكون قابلة للعمل بها بعد قيام الضرورة على خلافها .

ومنها ما رواه حسين بن علوان ، عن جعفر عـن ابيه عليه السلام قال ، اذا زوج الرجل امته فلا ينظرن الى عورتها والعورة ما بين السرة والركبة (*٥) فان المستفاد من هذه الرواية ان مـا بين السرة والركبة عورة ، ولا اشكال في حرمة النظر الى عورة الغير ولو كان من المحارم .

ولكن هل يمكن الالتزام بمفاد الحديث مع كونها خلاف السيرة، وقدتعرضنا

١) الوسائل الباب ١٠٤ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٧

٢) مستدرك الوسائل : الباب ٨ من أبواب مقدمات النكاح الحديث : ٣

٣) مستند العروة ج ١ من النكاح ص ٥٨

٤) مستند العروة ج _ ١ من النكاح ص : ٥٨

٥) الوسائل الباب ١٤٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث: ٧

أو مصاهرة ^{(۱} أو رضاع^{(۲}

لهذه الجهة في الجزء الاول من هذاالشرح (*١) وقلنا انه لايمكن الالتزام بمفاد الرواية .

١) المراد منها الحرمة الحاصلة من العلقة الزوجية الموجبة لحرمة الأبدية كام
 الزوجة والربيبة بشرط الدخول بامها ونحوهما فانه يــدل على المدعى الايــة
 الشريفة (* ٢) وبعدم القول بالفصل القطعي يثبت المدعى في الباقي .

مضافاً الى السيرة ويضاف الى جميع ذلك النصوص الواردة في الغسل لاحظ ما رواه سماعة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل مات وليس عنده الا نساء، قال: تغسله امرأة ذات محرم منه، وتصب النساء عليه الماء، ولا تخلع ثوبه، وان كانت امرأة ماتت معها رجال وليس معها امرأة ولا محرم لها فلتدفن كما هى في ثيابها، وان كان معها ذو محرم لها غسلها من فوق ثيابها (٣٣).

لجملة من النصوص: منها ما رواه بريد العجلي ، عن أبي جعفر عليه السلام في حديث ان رسول الله صلى الله عليه واله قال: يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (* ٤) .

ومنها ما رواه عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول يحرم من الرضاع ما يحرم من القرابة (* ٥).

ومنها ما رواه ابو الصباح الكناني ، عن أبي عبدالله عليه السلام انه سئل عن الرضاع فقال : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (* ٦) فانها تـــدل على انه يحرم من الرضاءما يحرم من النسب وفي المقام شبهتان :

١) لاحظ ص: ٢٦٩

٢) لاحظ ص: ٢٦٥

٣) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب غسل الميت الحديث: ٩

٤ وه و٦) الوسائل: الباب ١ من ابواب ما يحرم بالرضاع الحديث: ١ و٢ و٣

بشرط عدم التلذذ في الجميع (' ويحرم النظر الى غيرهن بغير تلذذ ايضا في غير الوجه والكفين بلا اشكال ('

الاولى: ان الحكم المذكور يختص بالمرضعة وصاحب اللبن والاصول والفروع والحواشي لهما ولايشمل أباالمرتضع اذ دليل التنزيل ناظرالى المرتضع والمرضعة وصاحب اللبن ، واما ابو المرتضع فلا دخل له في ذلك وحرمة نكاحه لأولاد المرضعة او صاحب اللبن مستفادة من دليل خارجي .

والجواب عن هذه الشبهة انه يستفاد من حديث ايوب بن نوح قال: كتب على بن شعيب الى أبي الحسن عليه السلام امرأة ارضعت بعض ولدي هل يجوز لي أن اتزوج بعض ولدها ؟ فكتب عليه السلام: لايجوز ذلك لك لأن ولدها صارت بمنزلة ولدك (* ١) ، ان اولاد المرضعة بمنزلة اولاد أبى المرتضع فلا مجال لهذه الشبهة.

الثانية: ان دليل التنزيل يقتضي جعل الرضاع كالنسب في الحرمة وهذا المقدار لا يكفي في جو از النظر و بعبارة اخرى: اذا كان الدليل دالا على جعل ما بالرضاع منزلة ما بالنسب لكان القول بجو از النظر في محله لاقتضاء عموم دليل التنزيل ولكن الأمر ليس كذلك فان دليل التنزيل نزل ما بالرضاع منزلة ما بالنسب في الحرمة فيتوقف الحكم بجو از النظر الى كل من يحرم نكاحه و الحال انه ليس في الادلة ما يدل عليه ، الا أن يستدل باطلاق ما ورد من النصوص في باب غسل الميت (* ٢) فراجع .

- ١) الظاهر انه لابد من اتمامه بالتسالم والاجماع ، الا أن يدل على الحرمة دليل خاص كما قامت بالنسبة الى المجنونة .
- ٢) ما يمكن أن يستدل بـ عليه أو استدل وجوه: الوجه الاول: الاجماع

١) الوسائل: الباب ١٦ من ابواب ما يحرم بالرضاع الحديث: ١

٢) لاحظ ص: ٦٣٥ و ٥٦٥

فعن الجواهر دعوى الاجماع بل الضرورة عليه ، ولكن لايخفى ان المستفاد من الاجماع والضروري الحرمة في الجملة .

الوجه الثاني: قوله تعالى (* ١) وفي دلالة الآية الكريمة على المدعى اشكال فانه فسر الغض في اللغة بقصر النظر لاالترك فيكون المراد من الآية النقص من النظر ، قال في مجمع البحرين في بيان المراد من الآية: « أي ينقصوا من نظرهم » الى آخر كلامه ، وعليه يكون الجار للتبعيض .

مضافاً الى أنه لم يذكر في الاية متعلق الغض الا أن يقال بأن المراد يفهم من الاية الشريفة بقرينة المقابلة اي بغض كل من الفريقين من ابصارهم بالنسبة الى الفريق الاخر ، مضافاً الى النص الوارد في شأن نزولها ، لاحظ ما رواه سعد الاسكاف ، عن أبي جعفر عليه السلام قال: استقبل شاب من الانصار امرأة بالمدينة وكان النساء يتقنعن خلف آذ انهن ، فنظر اليها وهي مقبلة ، فلما جازت نظر اليها ودخل في زقاق قد سماه ببني فلان فجعل ينظر خلفها واعترض وجهه عظم في الحائط أو زجاجة فشق وجهه ، فلما مضت المرأة نظر فاذا الدماء تسيل على ثوبه وصدره ، فقال: والله لاتين رسول الله صلى الله عليه وآله ولاخبر نه فاتاه ، فلمارآه برسول الله عليه وآله ولاخبر نه فاتاه ، فلمارآه خبير بما يستعون (* ٢) .

ويضاف الى ذلك ان قوله تعالى في ذيل الآية ذلك ازكى لهم يدل على ان النض أنفع فلا يكون حراماً.

ان قلت : قد ذكر في الاية حفظ الفرج ولا اشكال في وجوبه فانه لااشكال في

١) لاحظ ص: ٢٢٥

٧) الوسائل: الباب ١٠٤ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ٤

حرمة الزنا فلا يمكن أن يكون المراد من قوله أزكى التفضيل بل المراد التعين .

قلت: اولا قد ورد حديث في ذيل الآية وهو ما رواه أبو بصير ، عن أبيعبدالله عليه السلام كل آية في القرآن في ذكر الفرج فهي من الزنا الاهذه الآية فانها من النظر فلا يحل للرجل المؤمن (لرجل مؤمن خ) أن ينظر الى فرج اخيه ولايحل للمسرأة ان تنظر الى فسرج اختها (* ١) ويستفاد منه ان المراد بحفظ الفرج النظر .

وثانياً: المشار اليه بلفظ ذلك مجموع الامور المذكورة في الاية لاكل منها فيكون المستفادمن الاية ان حفظ الفرج وغض النظر أزكى لهم فالاية لاتدل على الحرمة بل تدل على الجواز ولا اقل من عدم انعقاد الظهور في التحريم .

الوجه الثالث: قوله تعالى «ولايبدين زينتهن» بتقريب ان المراد ان المحرم ابداء محل الزينة لانفس الزينة وفيه: ان المحرم على هذا التقريب هو الابداء وأما حرمة النظر فلا يستفاد من الاية ، وبعبارة اخرى لادليل على التلازم بين الطرفين

الوجه الرابع: حديث عباد بن صهيب (* ٢) فان المستفاد من الحديث ان وجه الجواز عدم انتهائهن والا فعدم الجواز هو الحكم الاولي ، لكن المستفادمن الحديث حرمة النظر الى رؤس النساء فليس متعلق الحرمة مطلقاً .

الوجه الخامس: النصوص الدالة (٣٣) على جواز النظر لمن يريد الزواج او الاشتراء ، فان المستفاد من هذه النصوص حرمة النظر الافي الموارد المخصوصة.

الوجه السادس: النصوص الدالة على حرمة النظر: منها: ما رواه علي بن

١) تفسير البرهان : ج _ ٣ ص : ١٣٠ الحديث : ٧

٢) لاحظ ص : ٥٦١

٣) لاحظ ص: ٥٥٥ و٥٠٠

وفيهما على الاحوط (1

عقبة ، عن ابيه ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سمعته يقول : النظرة سهم من سهام ابليس مسموم ، وكم من نظرة أورثت حسرة طويلة (* ١) .

979

ومنها: ما رواه أبو جميلة ، عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام قالا : ما من احد الاوهو يصيب حظاً مـن الزنا ، فزنا العينين النظر ، وزنا الفم القبلة وزنا اليدين اللمس ، صدق الفرج ذلك أوكذب (* ٢).

ومنها: ما رواه جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال: لعن رسول الله صلى الله عليه و آلهرجلا ينظر الى فرج امرأة لاتحل له، ورجلا خان أخاه في امرأته، ورجلا يحتاج الناس الى نفعه فيسألهم الرشوة (*٣).

١) يقع البحث في موضعين: الموضع الاول في المقتضي للمنع، الموضع الثاني في المانع ، فنقول أما الموضع الاول : فيمكن الاستدلال على المنع بتقريبات :

الثقريب الاول للاستدلال على عدم الجواز جملة من النصوص الواردة في جواز النظر لمن يريد التزويج لاحظ ما رواه ابن السري وما روي عن ابيعبدالله عليه السلام (*٤) فانمقتضى هذه النصوص بلحاظ مفهوم الشرطعدم جواز النظر اذا لم يرد التزويج .

النقريب الثاني: الروايات الدالة على حرمة النظر (* ٥).

التقريب الثالث: قوله تعالى « قل للمؤمنين يغضوا من ابصارهم ويحفظوا من فروجهم ذلك ازكى لهم » (* ٦) بناء على أنه يستفاد منها حرمة النظر .

١ و٢ و٣) الوسائل الباب ١٠٤ من ابو اب مقلمات النكاح و آدا به الحديث: ١ و٢ و٣

٤) لاحظ ص: ٥٥٩ و٥٦٠

٥) مرت آنفاً

٦) النور/٣٠

التقريب الرابع: ما رواه محمد بن الحسنبن الصفار قال: كتبت الى الفقيه عليه السلام في رجل اراد ان يشهد على امرأة ليس لها بمحرم هل يجوزله أن يشهد عليها وهي من وراء السترويسمع كلامها اذا شهد رجلان عدلان انها فلانة بنت فلان التى تشهدك وهذا كلامها ولا يجوزله الشهادة عليها حتى تبرز ويثبتها بعينها ؟ فوقع عليه السلام تتنقب و تظهر للشهود ان شاءالله (* 1).

اذ لوكان النظر الى وجه الاجنبية جايزاً لم يكن وجه لامره بالنقاب فالمقتضي لحرمة النظر تام .

ولقائل أن يقول: ان هذه الرواية تدل على وجوب الستر ولا يدل على حرمة النظر وبعبارة اخرى المستفاد من هذه الرواية انه لايجوز للمرثة أن تظهر وجهها عند الاجنبى . هذا تمام الكلام في الموضع الاول .

وأما الكلام في الموضع الثاني: فيمكن الاستدلال على المدعى بوجوه: الوجه الاول: ما رواه زرعة بن محمد قال: كان رجل بالمدينة له جارية نفيسة فوقعت في قلب رجل وأعجب بها فشكى ذلك الى أبي عبدالله عليه السلام: فقال له: تعرض رؤيتها وكلما رأيتها فقل: اسأل الله من فضله الحديث (٢٠) فان هذه الرواية تدل بالصراحة على جواز النظر الى الأجنبية بل تدل على الجواز حتى مع التلذذ والشهوة والعرف ببابك.

الوجه الثاني: ما رواه على بن سويد قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: اني مبتلى بالنظر الى المرثة الجميلة فيعجبني النظر اليها، فقال يا علي لابأس اذا عرف الله من نيتك الصدق واياك والزنا فانه يمحق البركة ويهلك الدين (* ٣)

١) تهذيب الاحكام: ج - ٦ ص: ٢٥٥ - الحديث: ٧١

٢) الوسائل: الباب ٣٦ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ٦

٣) الوسائل الباب ١ من ابواب النكاح المحرم وما يناسبه الحديث : ٣

وهذه الرواية تدل بالصراحة على جواز النظر مع التلذذ والشهوة وما افاده سيدنا الاستاد من القطع بخلاف مفاد الرواية عهدته عليه فان الأحكام الشرعية امرها بيد الشارع ولا مجال لأعمال النظر فيها .

الوجه الثالث: ما رواه ابو الجارود (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بالارسال الوجه الرابع: ما رواه علي بنج فر (* ٢) فان هذه الرواية تدل بالصراحة على جواز النظر الى الوجه والكفين وموضع السوار، وهذه الرواية ضعيفة بعبد الله بن حسن على ما في كلام سيدنا الاستاد حسب تقرير بحثه الشريف.

الوجه الخامس: مارواه عمروبن شمر، عن أبي جعفر عليه السلام، عنجابر بن عبدالله الأنصاري قال: خرج رسول الله صلى الله عليه وآله يريد فاطمة وأنامعه فلما انتهينا الى الباب وضع يده عليه فدفعه ثم قال: السلام عليكم، فقالت فاطمة عليها السلام: وعليك السلام يا رسول الله، قال: ادخل ؟ قالت: ادخل يارسول الله، قال ادخل ومن معي ؟ قالت: ليس علي قناع، فقال: يا فاطمة خذي فضل ملحفتك فقنعي به رأسك ففعلت ثم قال: السلام عليك، فقالت: وعليك السلام يا رسول الله قال: انا ومعي ؟ قالت: ومن معك ؟ قال جابر: فدخل رسول الله عليه وآله ودخلت واذا وجه فاطمة عليها السلام اصفر كأنه بطن جرادة، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله ودخلت واذا وجه فاطمة أدى وجهك أصفر، قالت: يا رسول الله الجوع، فقال رسول الله عليه وآله: مالي في الله عليه السلام اصفر كأنه بطن جرادة، فقال رسول الله صلى الله عليه أدى وجهك أصفر، قالت: يا رسول الله الجوع، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله اللهم مشبع الجوعة ودافع الضيعة اشبع فاطمة بنت محمد، قال جابر: فوالله لنظرت الى الدم ينحدر من قصاصها حتى عاد وجهها احمر فما جاءت بعد

١) لاحظ ص : ١٩٥

٢) لاحظ ص: ١٦٤ ومستند العروة ج ١ ص: ٥٨

ذلك اليوم (* ١) وهذه الرواية ضعيفة بعمرو بن شمر .

الوجه السادس: ما رواه مروك بن عبيد، عن بعض اصحابنا، عن أبي عبدالله عليه السلام قال. قلت له: ما يحل للرجل أن يرى من المرأة اذا لم يكن محرماً؟ قال: الوجه والكفان والقدمان (* ٢) وهذه الرواية ضعيفة بالارسال.

الوجه السابع: ما رواه أبو حمزة الثمالي، عن أبي جعفر عليه السلام قال سألته عـن المرأة المسلمة يصيبها البلاء في جسدها اماكسر واما جرح في مكان لايصلح النظر اليها؟ لايصلح النظر اليها؟ قال: اذا اضطرت اليـه فليعالجها ان شائت (٣٣) فانه يستفاد من هذه الرواية ان النظر الى بعض مواضع جسد المرئة جايز.

الوجه الثامن : ما رواه مسعدة بن زياد قال : سمعت جعفراً وسئل عما تظهر المرثة من زينتها قال: الوجه والكفين (* ٤) فانه يستفادمن هذه الرواية انه يجوز للمرثة اظهار وجههاو كفيها ويمكن أن يقال: انه لاتلازم بين جواز الاظهاروجواز النظر ، فتأمل .

الوجه الناسع: ما رواه زرارةعن أبيعبدالله عليه السلام في قول الله عزوجل « الا ما ظهر منها » قال: الزينة الظاهرة الكحل والخاتم (* ٥).

وما رواه أبو بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن قول الله عزوجل : « ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها » قال : الخانم والمسكة وهي القلب (* ٦) والكلام فيهما هو الكلام في سابقهما .

١) الوسائل الباب ١٢٠ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٣

٧) الوسائل الباب ١٠٩ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ٢

٣) الوسائل الباب ١٣٠ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ١

٤ وه و٦) الوسائل الباب١٠٩ منابواب مقدمات النكاح وآدابهالحديث: ٥و٣٤٪

الوجه العاشر: مارواه الفضيل قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن الذراعين من المرأة هما من الزينة التي قال الله : « ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن » ؟ قال : نعم ومادون الخمار من الزينة ، ومادون السوارين (*) والمستفاد من هذه الرواية جواز النظر الى الوجه وعدم جواز النظر الى الذراعين .

وقال في الحدائق: « ودون السوار بمعنى تحت السوار وهو الجهة المقابلة للعلو فان الكفين أسفل بالنسبة الى ما فوق السوارين » ولا يبعد ان ما أفاده تام اذ يستفاد من كلام مجمع البحرين ان (دون) نقيض فوق فالمراد من الكلمة ان تحت السوارين من الزينة فتكون الكفان خارجتان .

الوجه الحاديعشر: قوله تعالى (* ٢) فان المستفاد مــن الآية الكريمة عدم وجوب الستر على المرثة فيجوز النظر للرجل.

وفيه: انه قد مر ان مجرد عدم وجوب الستر عليها لايدل على الجواز بالنسبة الى الرجل: الا أن يقال: انه يستفاد من الاية تقسيم الزينة الى قسمين: قسم منها لايجوز ابدائها الا للمذكورين في الاية الشريفة وقسم منها يجوز ابدائها للاجنبي على الاطلاق ومن ناحية اخرى لااشكال في أنه لو جاز الابداء للغير يجوز للغير النظر ايضاً.

وان شئت قلت : اذا قيل يجوز الاراثة يفهم عرفاً انه يجوز النظر ، والعرف ببابك .

وقال سيدنا الاستاد في هـذا المقام (* ٣) مـا حاصله ان المستفاد من قوله تعالى « الا ما ظهر منها » انه لايجب على المرثة الستر بالنسبة الي ما ظهر مـن

١) الوسائل الباب ١٠٩ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١

٢) لاحظ ص: ٢٢٥

٣) مستند العروة ج _ ١ من النكاح ص : ٥٥ _ ٥٦

الزينة ولكن عدم وجوب الستر لايستلزم جواز النظر واذا نرى ان جماعة قائلون بحرمة نظر المرئة الى الرجل والحال انه لايجب على الرجل التستر والمستفاد من قوله تعالى « ولايبدين زينتهن الا لبعولتهن الخ α انه يحرم على المرثة اراثة زينتها على الاطلاق حتى الظاهرة منها الا للطواثف الخاصة فاذا حرم عليها الاراثة يحرم على الرجال النظر فالاية الكريمة أولى بالدلالة على الحرمة ، هذا ملخص كلامه في هذا المقام .

اقول: الظاهران ذيل الكلام يناقض الصدر اذ صرح في الصدر بعدم وجوب تستر الزينة الظاهرة فنسئل ان عدم وجوب التستر وجواز الكشف مع فرض عدم وجود الأجنبي أو مع فرض وجوده ؟ وعلى الثاني على فرض عدم النظر او مع النظر ، ومن الظاهر ان الاهمال غير معقول في الواقع فعلى الاول والثاني يكون جعل الحكم لغواً فينحصر في الثالث وعليه تكون الاراثة جايزة فكيف يقول في الذيل بالحرمة ؟ .

وبعبارة اخرى: نسئل مع وجود الرجل الناظر اليها هل يجوز لها الكشف أم لا ؟ ان قلت بعدم الجواز فعدلت عن قولك الاول وان قلت بالثاني فالاراثة جايزة وعلى الجملة لايعقل أن تكون الاراثة محرمة ومعذلك لايكون التسترواجباً فان هذين لايجتمعان.

وصفوة القول: انه يفهم من مجموع الاية الشريفة الكريمة ان ابداء المرثة زينتها غير الظاهرة للرجل حرام الالطوائف خاصة وأما ابداء زينتها الظاهرة فيجوز بلا تخصيص وحيثان الابداء بالنسبة الى الزينة غير الظاهرة للطوائف المخصوصة جايز فابداء الزينة الظاهرة جايز للاجنبي على الاطلاق.

ولكن الانصاف: أنه فرق بين جواز الاراثة وبين جواز الابداء اذ لايبعد أن

يفهم العرف من جواز الارائة جوازالرؤية بالملازمة واما الابداء فجوازةلايستلزم جواز النظر .

نعم اذا قيل يجوز الابداء لفلان لايبعد أن يفهم جواز النظر فما أفاده سيدنا الاستاد لاتناقض فيه .

نعم ما أفاده في كلامه من أن الاية تدل على حرمة النظر حيث انه يحرم عليها الارائة ففيه انه لاملازمة بين الأمرين ، اذ يمكن أن تكون الارائة محرمة ومعذلك يكون النظر جايزاً، فعلى هذا الأساس لايستفاد من الاية الا جواز الكشف وأما جواز النظر فلا يستفاد من الاية .

فنقول: يقع التعارض بين النصوص الواردة فان قلنا مقتضى الجمع بينها حمل المانعة على الكراهة فهو والا فلابد من اعمال قانون التعارض فيمكن أن يقال: ان الترجيح مع نصوص المنع لموافقهامع الكتاب فان قوله تعالى «قل للمؤمنين » الخ يدل على المنع عن النظر لكن قد مر انه يمكن أن يقال ان ذيل الاية يدل على الجواز ، فحديث الجواز موافق مع الكتاب.

وان ابيت وقلت: ان ذيل الاية يوجب اجمالها ولا تكون الاية ظاهرة في الجواز نقول الترجيح بمخالفة القوم مع حديث الجواز ايضاً فانه يظهر من كلام الشيخ (قده) في الخلاف (* ١) ان العامة قائلون بعدم جواز النظر فالترجيح بمخالفة القوم مع دليل الجواز كما ان الترجيح بالاحدثية مع دليل الجواز ايضاً لاحظ ما رواه علي بنسويد ، فان الحديث مروي عن أبي الحسن عليه السلام (*٢) ولو قطعنا النظر عن الترجيح تصل النوبة الى التعارض والتساقط ، ومقتضى الاصل

١) ج - ٢ ص ١٣٩ مسألة: ٣

٢) لاحظ ص: ٥٧٠

٥٧٦ ——————————— مباني منهاج الصالحين ج ٩ ومن غير المحارم اخت الزوجة (١ والربيبة قبل الدخول بامها (٧ و كذا يحرم على المرأة النظر الى الرجل مما يحرم على الرجل النظر اليه منها (٣ و كذا

الاولى الجواز ايضاً .

١) بلا اشكال اذ حرمتها من باب الجمع ولذا يجوز تزويجها في غير صورة الجمع .

٢) اذ دليل الحرمة يختص بصورة الدخول بمقتضى الكتاب والسنة والاجماع
 فهى قبل الدخول كبقية النساء .

٣) ما يمكن أن يذكر مستنداً للحكم وجوه: الوجه الاول الاجماع ، وفيهان الاجماع المبكن المجماع المبكن عبد حاصل اكيف ومن الممكن استناد المجمعين الى الوجوه المذكورة في المقام فلا يحصل اجماع تعبدي كاشف .

الوجه الثاني: قوله تعالى (* ١) بتقريب ان المستفاد من الاية حرمة نظرهن الى الرجال ، وفيه اولا : ان الغض غير الترككما مر .

وثانياً: لايبعد أن يكون المراد النهي عن النظر الى الفروج بقرينة المقابلة بأن يقال: ان المستفاد من الاية وجوب حفظ الفرج عن نظر الغير اليه وحرمة النظر الى فرج الغير لاحظ ما في تفسير البرهان (* ٢) ·

وثالثاً ان المتعلق محذوف فلابدمن ارادة العموماى يغضوا من ابصارهم عن كلمحرم واثبات ان المرادمن المتعلق النساء في الجملة الاولى والرجال في الجملة

١) لاحظ ص: ٥٦٢

٢) لاحظ ص : ٥٦٨

الثانية بالاجماع مشكل لما ذكر من الاشكال في حجية الاجماع وبعبارة واضحة لادليل على كون المتعلق العموم ولعل المرادمن الاية النهي عن النظر الىخصوص الفرج.

وأماحديث سعد الاسكاف (*1) الوارد في شأن نزول الاية فضعيف بالاسكاف حيث انه لم يوثق ، وقول الشيخ (قده) في حقه انه صحيح الحديث لايكون توثيقاً .

ويمكن أن يكون الوجه في صحةحديثه عنده اجتهاداً كما أن كونه في اسناد كامل الزيارة لاأثرله كما ذكرناه مراراً ومثله كونه في تفسير القمي مضافاً الى كونه معارضاً بتضعيف ابـن الغضائري اياه وصاحب الوسائل يشهد بتضعيفه فـلا وجه للمناقشة فيه .

ويضاف الى جميع ذلك كله ان الرواية متعرضة للجملة الاولى من الاية ولا تتعرض لقوله تعالى « وقل للمؤمنات » الذي هو محل الكلام في المقام .

الوجه الثالث: جملة من النصوص: منها ما ارسله احمد بن أبي عبدالله قال استأذن ابن ام مكتوم على النبي صلى الله عليه و آله وعنده عايشة وحفصة فقال لهما: قوما فادخلاالبيت، فقالتا: انه اعمى فقال: ان لم يركما فانكما تريانه (٢٤) وهذه الرواية ضعيفة بالارسال فان احمد لايمكن أن ينقل عن النبي صلى الله عليه وآله بلا واسطة.

ومنها: ما رواه الصدوق (قده) في (عقاب الاعمال) قال: قال النبي صلى الله عليه و آله: اشتد غضب الله على امرأة ذات بعل ملأت عينها من غير زوجها أو غير ذي محرم منها ، فانها ان فعلت ذلك احبط الله عزوجل كل عمل عملته فان اوطت فراشه غيره كان حقاً على الله أن يحرقها بالنار بعد أن يعذبها في قبرها (*٣)

١) لاحظ ص: ٥٦٥

٢ و٣) الوسائل الباب ١٢٩ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ١ و٢

وهذه الرواية ضعيفة سنداً ، مضافاً الى أنها تختص بذات بعل .

ومنها: ما ارسله الطيرسي في (مكارم الاخلاق) عن النبي صلى الله عليهو آله ان فاطمة قالت له في حديث: خير للنساء ان لايرين الرجال، ولا يراهن الرجال فقال صلى الله عليه وآله فاطمة مني (* ١) والمرسل لااعتبار به .

ومنها: ما روي عن ام سلمة قالت: كنت عند رسول الله صلى الله عليه و آله وعنده ميمونة فاقبل ابسن ام مكتوم وذلك بعد ان امر بالحجاب، فقال: احتجبا، فقلنا يا رسول الله أليس أعمى لايصبرنا؟ قال افعميا وان انتما الستما تبصرانه (*٢) والمرسل لااعتيار به.

ومنها: ما رواه وهب ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال امير المؤمنين عليه السلام: خلق الرجال من الأرض وانما همهم في الارض وخلقت المرأة من الرجال وانما همها في الرجال ، فاحبسوا نسائكم يا معاشر الرجال (*٣) .

ومنها: ما رواه نوح ابن شعيب رفعه قال: قال أبو عبدالله عليه السلام كان علي بن الحسين عليهما السلام اذا اتاه ختنه على ابنته أو على اخته بسط له رداءه ثم اجلسه ثم يقول: مرحبا بمن كفى المؤنة وستر العورة (* ٤).

ومنها: ما رواه غياث بن ابراهيم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: ان المرأة خلقت من الرجل وانما همتها في الرجال، فاحبسوا نسائكم، وان الرجل خلق من الارض فانماهمته في الارض (* ٥) وهذه الروايات اما مخدوشة سنداً أو دلالة او من كلنا الناحيتين.

١ و٢) الوسائل الباب ١٢٩ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ٣ و٤
 ٣ و٤) الوسائل الباب ٢٤ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث: ١ و٣

٥) الوسائل الباب ٢٤ من أبواب مقدمات النكاح وآدايه الحديث: ٥

1) ادعى سيدنا الاستاد ان المدعى يستفادمن الاية الشريفة بتقريب ان المستفاد من قوله تعالى «يغضوا ويغضضن » النهي عن صرف كل من القبيلين عن الاخر. وبعبارة اخرى: المراد بالغض أن يقطع الرجل طمعه عن غير زوجته وملك يمينه وعلى هـذا يحرم نظر الرجل الى مذكر اخر مع التلذذ وكذلك يحرم أن تنظر المرثة الى مماثلها بشهوة وعهدة هذه الدعوى على مدعيه فلابد من اتمام الأمر بالاجماع والتسالم.

لاحظ ما رواه أبو بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : هل يصافح الرجل المرأة ليست بذات محرم ، فقال : لاالا من وراء الثوب (* ١) .

وما رواه سماعة بن مهران قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن مصافحة الرجل المرأة ، قال: لا يحل للرجل أن يصافح المرأة الا امرأة يحرم عليه ان يتزوجها اخت او بنت او عمة أو خالة او بنت اخت أو نحوها ، وأما المرأة التي يحل أن يتزوجها فلا بصافحها الا من وراء الثوب ولا يغمز كفها (* ٢).

وحيث انـه لافرق بين المصافحة وغيرها يكون مقتضى القاعدة حرمة اللمس على الاطلاق ولكن لايخفي ان المستفاد من الحديثين حكم الرجل.

ويؤيد المدعى ما رواه مفضل بن عمر قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: كيف ماسح رسول الله صلى الله عليه وآله النساء حين بايعهن ؟ فقال: دعا بمركنه الذي كان يتوضأ فيه فصب فيه ما • أم غمس فيه يده اليمنى ، فكلما بايع واحدة منهن قال: اغمسي يدك فتغمس كما غمس رسول الله صلى الله عليه وآله فكان هذا مما سحته اياهن (* ٣).

١) الوسائل الباب ١١٥ من أبواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١
 ٢ و٣) نفس المصدر الحديث : ٢ و٣

من الرجل للصبية غير البالغة ومن المرأة للصبي غير البالغ مع عدم التلذذ في الجميع (١ أما مع التلذذ فانه حرام مطلقاً وكذا يحرم مع التلذذ واو الى الرجل (٢ .

وما رواه سعدان بن مسلم قال: قال أبوعبدالله عليه السلام: أتدري كيف بايع رسول الله صلى الله عليه وآله النساء ؟ قلت: الله اعلم وابن رسوله اعلم، قال: جمعهن حوله ثم دعا بتور برام فصب فيه نضوحا ثم غمس يده «الى أن قال» ثم قال: اغمسن ايديكن ففعلن فكانت يد رسول الله صلى الله عليه وآله الطاهرة أطيب من أن يمس بهاكف انثى ليست له بمحرم (* ١).

١) كما هو مقتضى القاعدة الأولية ولا دليـــل على الحرمة ، نعم ربمــا يستدل بجملة من النصوص على الحرمة : منها : ما رواه أبو احمد الكاهلي ، واظنني قد حضرته قال : سألنه عن جارية « جويرية » خ ل » ليس بيني وبينها محرم تغشاني فاحملها واقبلها ، فقال : اذا اتى عليها ست سنين فلا تضعها على حجرك (* ٢).

ومنها : ما رواه زرارة، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : اذا بلغت الجارية الحرة ست سنين فلا ينبغي لك أن تقبلها (* ٣).

ومنها: مــا رواه عبدالله بن يحيى الكاهلي قال: سأل محمد بن النعمان أبــا عبدالله عليه السلام فقال له: عندي جويرية ليس بيني وبينها رحم ولها ست سنين قال: لاتضعها فــي حجرك (* ٤) ولكن هذه الروايات كلها ضعيفة سنداً، مضافاً الى جريان السيرة الخارجية على الخلاف.

٢) فان الحكم لعله مورد تسالم الفقهاء .

١) نفس المصدر الحديث: ٤

٢ و٣) الوسائل : الباب ١٢٧ من ابواب مقدمات النكاح وآدابه الحديث : ١ و٧
 ٤) من لايحضره الفقيه : ج ـ ٣ ص : ٢٧٥ باب ١٢٨ الحديث : ٢ .

(مسألة ٤): يجبعلى المرأة ستر ما زاد على الوجه والكفين عن غير الزوج والمحارم (١ بل يحب عليها ستر الوجه والكفين عن غير الزوج حتى المحارم مع تلذذه (١ ولا يجب على الرجل الستر مطلقاً (١ مسألة ۵): يجوز سماع صوت الاجنبية مع عدم التلذذ (١ مسألة ۵):

١) بلاكلام ويدل على المدعى قوله تعالى «ولا يبدين زينتهن » مضافاً الى النصوص والفتاوي والسيرة الخارجية، وتدل على المدعى أيضاً الروايات الواردة في حكم القواعد من النساء:

منها: ما رواه محمد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزوجل « والقواعد من النساء اللاتي لايرجون نكاحاً ، ما الذي يصلح لهن أن يضعن من ثيابهن؟ قال : الجلباب (* ١) .

ومنها: ما رواه محمدبن أبي حمزة، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: القواعد من النساء ليس عليهن جناح أن يضعن ثيابهن قال: تضع الجلباب وحده (* ٢) ومنها: ما رواه حريز بن عبدالله ، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قرأ يضعن من ثيابهن قال: الجلباب والخمار اذا كانت المرأة مسنة (* ٣) فانه يستفاد من هذه الروايات ان غير القواعد من النساء لا يجوزله الكشف الا بالمقدار المستشنى فلاحظ.

- ٢)كأن الحكم متسالم عليه بين القوم .
- ٣) لعدم الدليل عليه بل السيرة الخارجية تدل على الجواز .
- ٤) ربما يقال بأنه لايجوز لجملة من الروايات : منها : مــا رواه مسعدة ابن

۱ و۲) الوسائل : الباب ۱۱۰ من ابواب مقدمات النكاح وادابه الحديث : ۱ و۳ ٣) نفس المصدر الحديث : ٤

الفصل الثاني في الاولياء

اندًا الولاية للابوان عـلا ووصيه والحاكم فالاب على الصغيرين (١

صدقة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قال امير المؤمنين عليه السلام : لا تبدؤا النساء بالسلام ولا تدعوهن الى الطعام، فان النبي صلى الله عليه و آله قال : النساء عي وعورة فاستر واعيهن بالسكوت واستروا عوراتهن بالبيوت (* ١).

ومنها: ما رواه غياث بن ابراهيم، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال : لاتسلم على المرأة (*٢) .

ومنها: ما رواه ربعي بن عبدالله، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: كانرسول الله صلى الله عليه و آله يسلم على النساء ويرددن عليه و كان امير المؤمنين عليه السلام يسلم على النساء و كان يكره أن يسلم على الشابة منهن ويقول: اتخوف أن يعجبني صوتها فيدخل على اكثر مما طلبت من الاجر (* ٣).

وفيه: انه لايستفاد منها عدم الجواز، نعم يمكن أن يقال ان المستفاد من حديث ربعي الكراهة في الجملة فلا مجال للالتزام بالحرمة فان السيرة من صدر الأول جارية على مكالمة الرجال مع النساء فلا تصل النوبة الى الأصل كى يقال ان مقتضاه الجواز أيضاً، فلاحظ.

1) قال سيد المستمسك (قده) « ثبوت الولاية لهما في الجملة من القطعيات المدعى عليه الاجماع والنصوص والفتاوى شاهدة بذلك » ، انتهى وتسدل على

١) الوسائل: الباب ١٣٦ من ابواب مقدمات النكاح وادابه الحديث: ١.

٢ و٣) نفس المصدر الحديث : ٢ و٣ .

كتاب النكاح -----

والمجنونينالبالغين كذلك (١ ولاخيار لهما بعدزوالالوصفيـن (٢

المدعى جملة من النصوص : منها ما رواه محمد بن مسلم (* ١).

ومنها: ما رواه هشام بن سالم ومحمد بن حكيم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا زوج الأب والجد كان التزويج للأول، فان كانا جميعاً في حال واحدة فالجد أولى (* ٢).

ومنها: ما روي عن ابن بزيع قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الصبية يزوجها أبوها ثم يموت وهي صغيرة فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها يجوز عليها التزويج أو الأمر اليها ؟ قال: يجوز عليها تزويج ابيها (* ٣).

ومنها: ما رواه ابن الصلت (* ٤) ومنها: ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الصبي يتزوج الصبية يتوارثان؟ فقال: اذاكان ابواهما اللذان زوجاهما فنعم، قلت: فهل يجوز طلاق الآب؟ قال: لا (* ٥).

١) الظاهر انه لاخلاف بينهم والحكم اجماعي ، واستدل عليه السيد الحكيم (قده) بالاستصحاب أيضاً ويرد عليه ان الاستصحاب الجاري في الحكم الكلي معارض باستصحاب عدم جعل الزايد ، مضافاً الى اشكال تغيير الموضوع وعدم بقائه كما عن الجواهر .

۲) الخيار يحتاج السى الدليل ولولاه يكون العقد باقياً بحالمه ولا ينفسخ بالفسخ وان شئت قلت: ادلة نفوذ تزويج الولي يقتضي نفوذ عقده على الاطلاق فلا اثر للفسخ مضافاً الى عدة نصوص تدل على نفوذ عقد الولى بعد فرض صيرورة

١) لاحظ ص: ١٤٥

٧) الوسائل: الباب ١١ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث: ٣

٣) الوسائل: الباب ٦ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث ١ .

٤) لاحظ ص: ٥٣٨

٥) الوسائل الباب ١٢ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد

٨٤ ----- مباني منهاج الصالحين ج ٩

الصغيركبيرا.

لاحظما رواه ابن بزيع (*۱) ولاحظ ما رواه ابن الصلت (*۲) فان المستفاد من الحديثين نفوذ العقد بعد زوال الصغر وانه لاخيار له بعد كبره كما ان مقتضى اطلاق نصوص كثيرة ذلك لاحظ ما رواه محمد بن مسلم (*۳).

ولاحظ ما رواه الحلبي قال: قلت لآبي عبدالله عليه السلام: الغلام له عشر سنين فيزوجه أبوه في صغره أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين ؟ قال: فقال: اما تزويجه فهو صحيح، وأما طلاقه فينبغي أن تحبس عليه امرأته حتى يدرك فيعلم انه كان قد طلق فان اقر بذلك وامضاه فهي واحدة بائنة وهو خاطب من الخطاب وان انكر ذلك وأبي أن يمضيه فهي امرأته قلت: فان ماتت أو مات قال: يوقف الميراث حتى يدرك ايهما بقي ثم يحلف بالله ما دعاه الى أخذ الميراث الاالرضا بالنكاح، ويدفع اليه الميراث (* ٤).

ولاحظ ما رواه عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلامعن الرجل يزوج ابنه وهو صغير؟ قال: ان كان لأبنه مال فعليه المهر، وان لم يكن للابن مال فالأب ضامن المهر ضمن أولم يضمن (* ٥).

وفي المقام حديثان يستفادمنهما خلاف المدعى: احدهما: مارواه الكناسي (*٦) وهذه الرواية ضعيفة سنداً .

ثانيهما : ما رواه محمدبن مسلم قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبي

١) لاحظ ص: ٥٨٣

٢) لاحظ ص: ٥٤١

٣) لاحظ ص: ٥٨٣

٤) الوسائل: الباب ١١ من ابواب ميراث الازواج الحديث: ٤

٥) الوسائل: الباب ٢٨ من ابواب المهور الحديث: ١

٦) لاحظ ص: ٨٣٥

الا اذا كان العقد حين وقوعه مفسدة عند العقلاء فلايصـح (١

يزوج الصبية ، قال : ان كان ابو اهما اللذان زوجاهما فنعم جايز ، ولكن لهما الخيار اذا ادركا فان رضيا بعد ذلك فان المهرعلى الآب قلت له : فهل يجوز طلاق الآب على ابنه في صغره ؟ قال : لا (* ١) .

وهذه الرواية تامة سنداً ولكن الأصحاب لم يعملوا بمفادها والشيخ (قده) حملها على جواز الطلاق بعد البلوغ وطلب المهر او الطلاق بعده فان تم الاجماع التعبدي الكاشف على خلاف الرواية فهو والا فيشكل رفع اليد عن الرواية ولذا احتاط الماتن بعد اسطر ، فلاحظ .

هذا بالنسبة الى الصغير وأما بالنسبة الى المجنون فالالتزام بعدم الخيار له بعد الافاقة مشكل اذ لادليل على الولاية عليه الا الاجماع والاتفاق فلابد من تمامية الاجماع الكاشف على عدم ثبوت الخيار ولاتصل النوبة الى الاصل واستصحاب بقاء الزوجية بعد الفسخ معارض كما ذكرناه مراراً.

١) ادعي عليه الاتفاق وعدم الخلاف ويمكن أن يستدل على المدعى بمارواه ابو حمزة الثمالي (*٢) بتقريب ان اطلاق قوله عليه السلام ان الله لا يحب الفساد يشمل النكاح ، وان قلت انه يختص بالتصرف المالي والرواية ناظرة اليه قلت تدل على المقام بالاولوية .

ويدل على المدعى ايضاً ما رواه عبيد بن زرارة (* ٣) فان المستفاد من الرواية اختصاص الحكم بمورد عدم الضرر ولكن قد فرض في مورد الرواية كونه مضاراً فلا يستفاد المدعى من الرواية .

ويدل عليه أيضاً ما رواه الفضل بن عبد الملك ، عن أبي عبدالله عليه السلام

١) الوسائل : الباب ٦ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٨.

٢) لاحظ ص : ٥٤٣

٣) لاحظ ص: ١٥٥١

الا بالاجازة بعد الباوغ والعقل (١ نعـم اذا زوج الابوان الصغيرين ولاية فالعقد وان كان صحيحاً الا ان في لزومه عليهما بعد بلوغهما اشكالافالاحتياط لايترك (٢ ولا يبعد ولا ية الابعلى منجن بعد بلوغه (٣

قال: ان الجد اذا زوج ابنة ابنه وكان ابوها حياً وكان الجد مرضياً جاز، قلنا: فان هوى أبو الجارية هوى ، وهوى الجد هوى وهما سواء في العدل والرضا ، قال : احب الي أن ترضى بقول الجد (* ١) وفيه ان المستفاد من الحديث لزوم كون الجد مرضياً ولا يستفاد من الحديث عدم كون العقد ذامفسدة .

ويمكن الاستدلال على المدعى بقاعدة لاضرر على مـا هو المقرر عند القوم من حكومتها على ادلة الاحكام فان مقتضى تلك القاعدة عدم صحة العقدالضرري فالنتيجة ان الولاية لهما فيما لايكون النزويج مضراً بحال الصغير.

ولكن يمكن الانتقاض بعدم التزالهم بالبطلان في مورد الغبن في باب البيع فانمقتضى القاعدة المذكورة بطلان العقد اذاكان احد المتعاقدين مغبوناً والأصحاب لم يلتزموا به بـل قائلون بالخيار الا أن يقال ان القاعدة امتنانية والحكم بالفساد خلاف الامتنان ، فتأمل .

- ١) فان بناء الأصحاب على صحة الفضولي بالاجازة مضافاً الى النص الخاص الوارد في المقام ، لاحظ ما رواه ابو عبيدة (* ٢).
- ۲) قد ظهر وجه الاشكال مما تقدم وقلنا ان الخيارمقتضى النص الوارد لاحظ
 ما رواه مجمد بن مسلم (* ٣).
- ٣)يمكن الاستدلال على المدعى بوجوه: الوجه الاول ما رواه زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال: اذا كانت المرأة مالكة امرها تبيع وتشتري وتعتمق

١) الوسائل: الباب ١١ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث: ٤

٢) لاحظ ص : ١٤٥

٣) لاحظ ص : ٥٨٤

وتشهد وتعطي من مالها ما شائت فان أمرها جايز تزوج ان شائت بغيــر اذن وليها وان لم تكنكذلك فلا يجوز تزويجها الا بامر وليها (* ١) .

بتقريب أن الولي الأبوالجد، وفيه أن السندضعيف فلا أثر للرواية الوجه الثاني : أن السيرة القطعية قائمة على قيام الآب والجد بادارة شئون المجنون والمجنونة في النكاح وغيره من دون أن يثبت ردع عنها وفيه : أن اثبات السيرة المعطة بزمانهم في غاية الاشكال بل تحقق السيرة المدعاة مورد الكلام والاشكال

الوجه الثالث: قوله تعالى «الا أن يعفون او يعفو الذي بيده عقدة النكاحوان تعفوا اقرب التقوى» (*۲) فانه يستفاد من هذه الآية الشريفة بضميمة النصوص المفسرة ان المراد من الذي بيده عقدة النكاح الآب والجد والآخ منها: ما رواه عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الذي بيده عقدة النكاح هو ولي امرها (*۳)

ومنها: ما رواه أبو بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الذي بيده عقدة النكاح ، قال: هــو الآب والآخ والرجل يوصى اليه ، والذي يجوز امره في مال المرأة فيبتاع لها ويشتري فأي هولاء عفا فقد جاز (* ٤).

ومنها: ما روي عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام في قوله: «الأأن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح» قال: هو الذي يعفوا عن بعض الصداق أو يحطون عنه بعضه أو كله (* ٥).

ومنها: ما رواه اسحاق بن عمار قال: سألت جعفر بن محمد عليهما السلام عن قول الله: «الأأن يعفون » قال: المرأة تعفوا عن نصف الصداق ، قلت « أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ، قال: أبوها اذا عفا جاز له ، وأخوها اذا كان يقيم

١) الوسائل: الباب ٩ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث: ٦.

٢) البقرة/٧٣٧ .

٣ و٤) الوسائل: الباب ٨ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث: ٢ و ٤

٥) الوسائل الباب ٥٢ من أبواب المهور الحديث: ٤

بها وهو القائم عليها فهو بمنزلة الأب يجوز له، واذا كان الآخ لايهتم بها ولا يقوم عليها لمره (* ١) .

غاية الأمر ترفع اليد عن النص بالنسبة الى الآخ لعدم ولايته ويبقى الجد والآب تحت النصوص ، ولا يخفى ان المذكور في النصوص الآب والآخ ولم يذكر فيها الجد الا أن يقال بعدم الفصل بين الآب والجد أو يقال ان المذكور في حديث ابن سنان (* ٢) عنوان الولى ، والجد ولى .

و لقائل أن يقول : من اين ثبت ولاية الجد والحكم لايثبت موضوع نفسه كما هو ظاهر .

الوجه الرابع: انه قد دات جملة من النصوص على ولاية الآب أو الوالد على نكاح ولده على الاطلاق لاحظ ما رواه ابن جعفر (* ٣) فان مقتضى هــذه الرواية ان امر نكاح الولد بيد والده على الاطلاق فبالمقدار الخارج قطعاً نرفع اليد وفــي الباقي نأخذ بها ، والمقام مــن موارد الآخذ اذ لادليل على عدم ولاية الوالد.

الوجه الخامس: ما رواه أبوخالد القماط قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام الرجل الأحمق الذاهب العقل يجوز طلاق وليه عليه ؟ قال: ولم لايطلق هـ ؟ قلت : لايؤمن ان طلق هو أن يقول غداً : لـم أطلق ، أو لايحسن أن يطلق قال : ما ارى وليه الا بمنزلة السلطان (* ٤) .

بتقريب ان المستفاد مــن الرواية ان الولي له الولاية على الطلاق كالسلطان

١) الوسائل: الباب ٥٢ من ابواب المهور الحديث: ٥

٢) لاحظ ص: ٧٨٥

٣) لاحظ ص: ٣٧٥

٤) الوسائل : الباب ٣٥ من ابواب مقدمات الطلاق وشرائطه الحديث : ١ .

على اشكال ^{(۱} فالاحوط الاستجازة من الحاكم الشرعي ايضاً ^{۱۱} ولا ولاية للاب على البالغ الرشيد^{(۳}

واذا ثبت الولاية على الطلاق ثبت ولايته على النكاح بالاولوية اذ الطلاق اهم واعظم هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان وليه أبوه فانه الذي يباشر اموره.

وان ابيت عن الاولوية نقول: المستفاد من الحديث ان وليه بمنزلة السلطان وهو الامام المعصوم عليه السلام وحيث ان الامام عليه السلام له الولاية المطلقة في جميع الامور يكون وليسه كذلك فكما ان نكاح الامام عليه السلام صحيح كذلك نكاح وليه ، فلاحظ .

۱) فافه قد وقمع مورد الاشكال في كلام الاصحاب من باب عمدم ورد نص
 خاص فيه .

۲) من باب أن الجمع بين الأمرين لايبقى اشكالا اذ الأمر دائر بين الولي
 والحاكم .

٣) بلااشكال ولاخلاف كما في كلام بعض وعن كشف اللثام اجماعاً منا ومن
 العامة والسيرة الخارجية شاهدة على المدعى .

وصفوة القول: انه لامجال للاشكال والكلام وان كان للأب ولاية على البالخ الرشيد لكان ظاهراً وواضحاً، اضف الى ذلك بعض النصوص الدال على المدعى لاحظ ما رواه الفضل بن عبد الملك عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: اذازوج الرجل ابنه فذاك الى ابنه « الى أبيه » واذا زوجت الابنة جاز (*) وما رواه ابن أبي يعفورعن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له: انى اريد أن اتزوج امرأة وان ابوي أرادا أن يزوجاني غيرها فقال: تزوج السذي هويت ودع التي

١) الوسائل الباب ٦ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث: ٤

ولا على البالغة الرشيدة (١

« الذي » يهوى أبواك (*۱) وما رواه ابان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا زوج الرجل ابنه كان ذلك الى ابنه واذا زوج ابنته جاز ذلك (* ۲).

١) عن جامع المقاصد اتفاق علمائنا عليه ، وعن المسالك انه لاخلاف بين اصحابنافي سقوط الولاية عنها الا مانقل عن الحسن ابن أبي عقيل من بقاءالولاية وهو شاذ ، وعن رسالة الشيخ الأعظم (قده) دعوى اتفاق النص والفتوى عليه . وتدل على المدعى جملة من النصوص .

منها: ما رواه عبدالخالق قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المرأة الثيب تخطب الى نفسها قال: هي الملك بنفسها تولى من شائت اذا كان كفواً بعد أن تكون قد نكحت زوجاً قبل ذلك (* ٣).

ومنها ما رواه الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال في المرأة الثيب تخطب الى نفسها قال : هي أملك بنفسها تولى أمرها من شائت اذا كان كفواً بعد أن تكون قد نكحت رجلا قبله (* ٤) .

ومنها: ما رواه فضل بن عبد الملك والحلبي (* ٥) .

ومنها: ما رواه عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الثيب تخطب الى نفسها ؟ قال: نعم هي أملك بنفسها تولى امرها من شائت اذا كانت قد تزوجت زوجاً قبله (% ٦).

١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب عقد النكاح واوليا العقد الحديث : ١

٢) نفس الصدر الحديث : ٣

٣) الوسائل: الباب ٣ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث: ٧.

٤) نفس المصدر: الحديث ٤

٥) لاحظ ص: ٧٣٥

٦) المصدر السابق الحديث: ٢١.

كتاب النكاح ____________

عداالبكرفان الاحوط لزوماً في تزويجها اعتبار اذن الاب واذنها معاً كمامر (اويكفى في اثبات اذنها سكوتها (الااذا كانت هناك قرينة على عدم الرضا (واذا زالت بكارتها بغير الوطى فهى بمنزلة البكر (ابخلاف

ومنها : ما رواه عبيد بن زرارة (* ١) .

١) وقد مرشرح ما أفاده وبيان ما هو المختار فراجع .

٢) لجملة من الروايات: منها ما رواه احمد بن محمد بن أبي نصر قال:
 قال أبو الحسن عليـــه السلام: في المرأة البكر اذنها صماتهـــا ، والثيب أمرها ،
 اليها (* ٢) .

ومنها ما رواه داودبنسرحان، عن أبي عيدالله عليه السلام في رجل يريدأن يزوج اخته قال: يؤامرها فان سكتت فهو اقرارها وان ابت لم يزوجها (* ٣) .

ومنها: ما رواه داود بن سرحان «سليمان خ ل» عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل يريد أن يزوج اخته ، قال : يؤامرها فان سكتت فهو اقرارها وانابت لم يزوجها، فان قالت: زوجني فلانأزوجها ممن ترضى، واليتيمة في حجر الرجل لايزوجها الا برضاها (* ٤) فان مقتضى هذه النصوص ان الشارع الاقدس جعل سكوتها امارة على اذنها .

٣) اذ من الواضح ان الامارة انما تؤثر فيما لايكون دليل على خلافها وأمامع
 كشف الخلاف فلا أثر للامارة كما هو ظاهر.

٤) الحكم رتب على البكر والبكر فسر في اللغة بالتي لـم تمس فاللازم
 تحقق الدخول والمس والا لايصدق عليه عنوان الثيب .

١) لاحظ ص: ٥٣٧

٢ و٣) الوسائل: الباب ٥ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث: ١ و٢ .

٤) الوسائل : الباب ٣ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٣٠

وربما يستدل على المدعى بقوله تعالى « فجعلنا هن ابكاراً » (* 1) بضميمة قوله تعالى « لم يطمثهن انس قبلهم ولاجان (*7) ولكن الظاهر انه لايمكن اتمام المدعى بهما اذ المستفاد من الايتين انهن ابكارو انه لم يحصل المس معهن لامن الانس ولامن الجن ولا يستفاد من الايتين ان البكارة باقية مادام لا يحصل المس .

ولكن يمكن اثبات المدعى ببعض النصوص لاحظِ ما روله ابن جعفر (٣٣) فان المستفاد من هذه الرواية ان الميزان في إرتفاع الولاية هو الدخول فلا أثر بازالة العذرة بغير الدخول.

ان المستفاد من حديث ابن جعفر (* ٤) ان الولاية تزول بالدخول مطلقاً
 وفي المقام روايات تدل على اشتراط السقوط بالنكاح فلا أثر للدخول اذاكان شبهة
 أو بالزنا .

ومنها: ما رواه عبدالخالق (* ٥) وهذه الرواية ضعيفة بعبد الخالق فانه لم يوثق ومنها: ما رواه عبدالرحمن(*٦) وهذه الرواية ضعيفة بقاسم قالسيدنا الاستاد: انه مشترك بين الثقة والضعيف.

ومنها: مــا رواه الحلبي (* y) ومقتضى هــذه الرواية ان انقطاع الولاية بالتزويج ومقتضى حديث ابن جعفر ان الميزان بالدخول فلوتحقق الدخولبالزنا

١) الواقعة/٣٦.

٢) الرحمن/٥٦.

٣) لاحظ ص: ٥٣٧

٤) لاحظ ص: ٥٣٧

٥) لاحظ ص: ٥٩٠

٦) لاحظ ص: ٥٩٠

٧) لاحظ ص: ٩٠،

كتاب النكاح _____ كتاب النكاح _____

النكاح على الصبي اذانص عليه الموصى (١

يكون مورد التعارض بين الجانبين والترجيح مع حديث ابن جعفر للأحدثية كما انه لوقلنا بتساقطهما بالتعاريض تصل النوبة الى الآخذ بدليل جواز تزويج الثيب بدون اذن الولى ، فلاحظ .

۱) ما يمكن أن يستدل به على المدعى وجوه: الوجه الاول: قوله تعالى «كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان تسرك خيراً الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقاً على المتقين » (* ١) بتقريب ان صدر الاية وان كان راجعاً الى الوصية بالمال ولكن ذيلهامطلق ومقتضى اطلاق الذيل عدم الاختصاص بالمال بل الاعم فان قوله تعالى « فمن خاف من موص جنفاً او اثماً فاصلح بينهم فلا ائسم عليه » (* ٢) ، يقتضى باطلاقه نفوذ الوصية الا فيما كان جنفاً وميلا عن الحق . ولكن الانصاف ان استفادة الاطلاق من ذيل الايسة الشريفة مشكلة و بعض ولكن الانصاف ان استفادة الاطلاق من ذيل الايسة الشريفة مشكلة و بعض

النصوص الواردة في شرحها ناظرة الى الوصية المالية لاحظ ما رواه محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل أوصى بماله في سبيل الله قال اعطه لمن أوصى لهبه وان كان يهودياً أونصر انباً ان الله عزوجل يقول: فمن بد له بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه (*٣).

الوجه الثاني قوله تعالى «قل اصلاح لهم خيروان تخالطوهم فاخو انكم» (*3) بتقريب ان النكاح لو كان لهم صلاح يصدق عنوان الاصلاح عليه فيجوز .

ويمكن أن يرد على هذا الاستدلال بأن الاية لاتكون في مقام تشريع القدرة بل في مقام الحث على المقدور والا فأي فرق بين الوصي والاجنبي ؟ وان شئت قلت : لايمكن اثبات الولاية على اليتيم بالاية .

١) البقرة/١٨٠٠ .

٢) البقرة ١٨٢

٣) الوسائل الباب ٣٢ من احكام الوصايا الحديث : ١

٤) البقرة / ٢٢٠

الوجه الثالث: ما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام انه سئل عن رجل أوصى الى رجل بولده وبمال لهم واذن له عند الوصية أن يعمل بالمال وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال: لابأس به من اجل ان اباه قد اذن له فيذلك وهو حي (* 1) بتقريب ان المستفاد من الرواية جواز الوصية بالمضاربة ويستفاد من جوابه عليه السلام ان الميزان في نفوذ الوصية جواز ذلك الأمر بالنسبة الي الأب حيث قال عليه السلام « لابأس به من اجل ان اباه قد اذن له في ذلك وهو عي فيعلم ان كل امر يكون جايزاً في حال حياته يجوز الايصاء به لما بعدالوفاة وحيث ان النكاح أمره بيده في حال الحياة فيجوز الايصاء به وهذه الرواية ضعيفة بحسن بن على وقد عبر عنها سيدنا الاستاد بالصحيحة .

وفي المقام رواية اخرى رواهاخالد « ابن بكير خ) الطويل قال: دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال: يا بني اقبض مال اخوتك الصغار واعمل به ، وخذ نصف السربح واعطهم النصف، وليس عليك ضمان فقد متني ام ولد أبي بعدوفاة أبي الى ابن أبي ليلى ، فقالت: ان هذا يأكل اموال ولدي، قال: فاقتصصت عليه ما أمرني به ابي ، فقال لي ابن أبسي ليلى ان كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه ، ثم اشهد علي ابن أبي ليلى ان انا حركته فأنا له ضامن ، فدخلت على أبي عبدالله عليه السلام فقصصت عليه قصتي ، ثم قلت له: ما ترى ؟ فقال: أما قول ابن أبي ليلى فلا استطيع رده، وأما فيما بينك وبين الله عزوجل فليس عليك ضمان (٢٣) يستفاد منها أيضاً جواز الوصية بالمضاربة ، ولكن سندها مخدوش بخالد مضافاً الى أنها خالية عن التعليل .

الوجه الرابع : انه قد فسر في بعض النصوص من بيده عقد النكاح ومــن

١) الوسائل الباب ٩٢ من احكام الوصا يا الحديث : ١

٢) الوسائل الباب ٢ من احكام الوصايا الحديث : ٢

^مكتاب النكاح ______ هـ.

جملتهم الوصي ، لاحظ حديث أبي بصير ومحمد بن مسلم (* ١) .

ولاحظ حديث سماعة ، عن أبي عبدالله عليه السلام في قول الله عزوجل: «وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم الا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » قال: هو الآب أو الآخ أو الرجل يوصى اليه ، والذي يجوز امره في مال المرأة فيبتاع لها فتجيز «ويتجر _ يه » فاذا عفا فقد جاز (* ٢) فانه لو أوصى الميت بالنكاح بالنسبة الى ولده يكون الوصي له الولاية بمقتضى النص والظاهر ان هذا الوجه تام للاستدلال به على المدعى .

وفي المقام حديثان يستفاد منهما عدم الجواز: احدهما: ما رواه اسماعيل ابن بزيع قال: سأله رجل عن رجل مات وترك اخوين وابنة والبنت صغيرة فعمد احد الاخوين الوصي فزوج الابنة من ابنه ثم مات ابو الابسن المزوج، فلما ان مات قال الاخر: اخي لم يزوج ابنه فزوج الجارية من ابنه، فقيل للجارية: اي الزوجين احب اليك الاول او الاخر؟ قالت: الاخر، ثم ان الاخ الثاني مات وللاخ الأول ابن اكبر من الابن المزوج، فقال للجارية: اختاري ايهما احسب اليك الزوج الأول أو الزوج الاخر، فقال: الرواية فيها انها للزوج الاخر، وذلك انها قدكانت ادركت حين زوجها وليس لهاأن تنقض ما عقدته بعد ادراكها (٣٣) بتقريب انه فرض في الرواية ان الوصي زوج الجارية من ابنه ومع ذلك جعلها للزوج الاخير، فلا ولاية للوصي.

ويمكن أن يجاب على الاستدلال بأنه لم يفرض في هذه الرواية كون الابن

١) لاحظ ص : ٥٨٧ والوسائل الباب ٨ من أبواب مقدمات النكاح واولياء العقد
 الحديث : ٥

٢) الوسائل الباب ٥٦ من ابواب المهمور الحديث: ١

٣) الوسائل الباب ٨ من أبواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ١

وكذا على المجنون^{(١}

الأكبر وصياً في النكاح بخـلاف النصوص المفسرة لمن بيده عقدة النكاح فـان المستفاد من تلك النصوص ولو بملاحظة مناسبة الحكـم والموضوع ان الوصي وصي في النكاح فلا تعارض بين الطرفين .

وان شئت قلت: ان حديث ابن بزيع يشمل الوصي في النكاح بالاطلاق فان الوصي المناح بالاطلاق فان الوصي الوارد في الحديث مطلق فيمكن أن يكون وصياً في خصوص النكاح ويمكن كونه وصياً على الاطلاق وحيث انه اعم من هذه الجهات يكون قابلا لأن يقيد بماعارضه فان كون الوصاية في النكاح قطعى ، فلاحظ .

ثانيهما : ما رواه محمد بن مسلم (* ١) بتقريب ان المستفاد من الرواية ان تزويج غير الأب لااثر له واجيب عن الاستدلال بأن ذكر الأب من بابكونه وليآ لالخصوصية فيه والا فلا اشكال في الولاية للجد ولم يذكر في الرواية فلا تعارض بين الطرفين .

وفيه: انه خلاف الظاهروكون الجد ذا ولايةيقتضي تخصيص الرواية بدليل كون الجدوليـــاً ايضا فهذا الجواب غير تـــام فيقال في الجواب عن الاشكال ان دلالة الرواية على عدم ولاية الوصي بالاطلاق وقابل لأن يقيد بدليل صحةالوصاية

و بعبارة اخرى : قد علم من نصوص تفسير من بيده عقدة النكاح ان الوصي في النكاح له الولاية فنقيد حديث محمد بن مسلم بتلك النصوص .

ومما ذكرنا ظهر الجواب عن الاستدلال بحديث أبي عبيدة (%٢) فان غاية دلالته على نفي الولاية بالاطلاق والاطلاق قابل للتقييد ، فلاحظ .

١) فان مقتضى نفوذ الوصية نفوذها في المقام كما ان مقتضى تفسير من بيده

١) لاحظ ص: ٥٨٣

٢) لاحظ ص : \$30

واضطر الـــى التزويج '' والاحوط استئذان الحاكـــم '' والمحاكم الولايه على المجنون اذا لم يكن له ولي مع ضرورته الى التزويجوفى ولايته على الصبى في ذلك اشكال والاظهر الجواز معضرورته اليه '''

عقدة النكاح بالوصي جوازنكاح الوصي كما تقدم بالنسبة الى الصغير طابق النعل بالنعل

1) عن الشرايع: «للوصي أن يزوج من بلغ فاسد العقل اذا كان به ضرورة الى النكاح » ونحوه عن القواعد وعن المسالك يظهر منهما عدم الخلاف في هذه الصورة يعني صورة ما اذا بلغ فاسد العقل وعن الجواهر نفي بعضهم الخلاف عن ثبوتها في ذلك والمقام محل الاشكال اذ دليل الولاية اذا كان هو الاجماع فلابد من الاقتصار على صورة تحقق البلوغ في حال فساد العقل بالاضافة الى الضرورة الى النكاح ولا مجال للتعدي، مضافاً الى الاشكال في الاستدلال بهذه الاجماعات.

ولقائل أن يقول: بأي وجه نلتزم بولاية الوصي فانه مع فرض الضرورة تصل النوبة الى الحاكم الشرعي من باب كونه ذا ولاية بالنسبة الى الامور الحسبية ومع عدمه تصل النوبة الى العدول والى جميع المكلفين وان كان المدرك ما تقدم من اطلاق الاية وكون الوصي من أفراد من بيدهم عقدة النكاح فلا وجه للتقييد بصورة الضرورة وكيف كان الالتزام بثبوتها للوصي فرع وجود الولاية للاب اذ مع عدمها لامجال للايصاء بها فلاحظ.

۲)قد ظهروجهه فان المقام محل الكلام و الاشكال فيكون مورد الاحتياط بالنحو المذكور.

٣) اذ مع الضرورة يكون تزويجه من الامور التي لابد من تصديها والقدر المتيقن هو الحاكم الشرعي فاذا فرضت الضرورة ولم يكن له ولي تصل النوبة الى الحاكم وعين هذا البيان جارية في الصغير.

ووجــه الاشكال عـــدم الدليل على ولاية الحاكم وتحقق الولاية على خلاف

مهه مباني منهاج الصالحين ج ه وأمرًا السفيه ففى صحة تزويجه اشكال (۱ فالاحوط أن لاينكح الا باذن الاب ان كان والا فالحاكم (۲ واذاكان رشيداً فـــى المال

الأصل الأولي ولكن ظهر مما تقدم انه مــع الضرورة وعدم الولي يكون للحاكم التصدي .

1) يستفاد من حديث أبي الحسين الخادم بياع اللؤلؤ _ عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متى يجوز امره ؟ قال: حتى يبلغ أشده قال. وما أشده ؟ قال: احتلامه، قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو أقل أو اكثر ولم يحتلم، قال: اذا بلغ وكتب عليه الشيىء « ونبت عليه الشعر ظ» جاز عليه الا أن يكون سفيها أو ضعيفاً (*١) عدم جواز نكاحه فان مقتضى اطلاق الحديث ان البالغ اذاكان سفيها أوضعيفاً لا يجوز أمره على الاطلاق فلا يجوز نكاحه.

ولكنهذه الرواية ضعيفة سنداً وَعليه لامانع من تزويجه اذا لم يستلزم التصرف في ماله ، الا أن يقال ان مقتضى حديث الفضلاء (*٢) ان المرأة السفيهة لايجوز نكاحها بدون الولي وبعدم القول بالفصل بين المرثه والرجل نلتزم ان نكاح الرجل السفيه ايضاً غير جايز الا مع اذن الولى ، فتأمل .

۲) قــد ذكرنا ان مقتضى بعض النصوص ان امر تزويج الولد بيد والده لاحظما رواه ابنجعفر (*۳) فان مقتضى هذا الحديث ان امر ازدواج الولد بيد والده خرج منه من خرج وبقي الباقي فالولاية مع وجوب الآب مع الآب ومع عدمه ينتقل الى الحاكم فانه الولى العام هذا بالنسبة الى السفيه .

١) الوسائل الباب ٢ من ابواب احكام الحجر الحديث: ٥

٢) لاحظ ص: ٢٥٥

٣) لاحظ ص: ٥٣٧

غير رشيد في النزو هج فالاحوط له الاستئذان من الحاكم في تزويجه (الموالى الولاية على مملوكه ذكر آكان ام انثى مطلقاً (الولو زوج المولى الصغير هن توارثا (الولى الصغير هن توارثا (الولى المروج غيره وقف على الاجازة فان مات احدهما قبل البلوغ بطل وان بلغ احدهما وأجاز ثم مات

وأما بالنسبة الى السفيهة فيمكن الاستدلال على المدعى بما رواه الفضلاء (*1) والظاهر انه يشترطولاية الحاكم بضرورة التزويج والا فلاارى وجهاً لولايته فان ولايته من باب الحسبة .

١) فان مقتضى اطلاق حديثي ابن جعفر (* ٢) والفضلاء (* ٣) عدم الفرق بين كونه رشيداً في المال وعدمه ولكن البذي يخطر بالبال ان مقتضى الظاهر أو الاحتياط تقديم ولاية الآب مع وجوده على الحاكم ومع عدمه تصل النوبة اليه ، والظاهر من المتن خلافه والله العالم .

٢) لاحظ ما رواه عبدالله بن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا يجوز للعبد تحريرولا تزويج ولا اعطاء في ماله الاباذن مولاه (*٤) ولاحظ ايضاً مارواه أبو العباس قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن الامة تتزوج بغيراذن اهلها، قال: يحرم ذلك عليها وهو الزنا (*٥).

وفي الاستدلال على المدعى بالحديثين اشكال اذ المستفاد منهما اشتراط اذن المولى في التزويج وأما استقلاله فيه فلاالا أن يقال: ان المسألة اتفاقية بين القوم والذي يهون الخطب عدم كونها مورد الابتلاء في هذه الازمنة.

٣)كما هو مقتضى القاعدة فان الزوجية اذا تحققت يترتب عليها الارث مـن

١) لاحظ ص: ٢٥٥

٢) لاحظ ص: ٣٧٥

٣) لاحظ ص: ٥٤٢

٤ و٥) الوسائل الباب ١٧ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث: ١ و٢

احلف الثانى بعد بلوغه على انتفاء الطمع اذا احتمل كــون اجازته طمعاً فى الميراث فاذا حلف على ذلك ورث والا فلا (١

(مسألة ۱) : كما يصح عقد الفضولى في البيع يصح فى النكاح فاداعقد شخص لغيره من دون اذنه فاجاز المعقود له صح العقدواذا لم يجر بطل^{۲۱} واذا وكلت المرأة شخصاً على تزويجها لـم يصح

الطرفين .

 ١) لاحظ ما رواه أبوعبيدة (* ١) فانه يستفاد التفصيل المذكور من الرواية ولكن قد ذكر في المقام امران: احدهما انه قد ذكر في الرواية ان الولي زوجهما والفتوى لاتكون كذلك .

ثانيهما : انـه فرض موت الزوج والأصحاب عمموا الحكم بالنسبة الــى كلـهما .

واجيب عن الاشكال الأول بأن المرادمن الولي الولي العرفي ولذا حكم بصحة التزويج في ذيل الرواية اذ كان المزوج الأبوان ، وعن الثاني باتفاق الاصحاب والاجماع على عدم الفرق ، فلاحظ .

٢) يمكن الاستدلال على المدعى بوجوه: الوجه الاول: صحة الفضولي
 بالاجازة على طبق القاعدة الأولية الجارية في جميع العقود بتقريب انه بالاجازة
 ينتسب العقد الى المجيز ويصير عقداً له فيترتب عليه الاثر.

وقد اوردنا في هذاالتقريب فى بحث البيع الفضولي وقلنا ان صحةالفضولي بالاجازة تحتاج السى دليل خاص ولا تتم بالقاعدة والتفصيل موكول الى ذلك الباب .

الوجه الثاني : ما ورد من التعليل في تزويج العبد بدون اذن سيده لاحظ مـا

١) لاحظ ص: \$30

كتاب النكاح _____

رواه زرارة (* 1) بتقريب ان مقتضى عموم العلة جواز الفضولي في النكاح بل جواز الفضولي على الاطلاق اذ المستفاد من التعليل ان المناط في الفساد معصية الله تعالى وأما اذا لم تكن معصية له تعالى بل معصية للخلق يصح ما وقع بالاجازة المتأخرة ممن بيده الأمر كالمولى في نكاح العبد.

ويشكل بأن المستفاد من الرواية ان نكاح العبد يصح باجازة المولى وبعموم العلة نتعدي الى غير النكاح من بقية عقوده وايقاعاته وأما التعدي الى مطلق الفضولي فلاوجه له .

وان شئت قلت : مقتضى النعدي بعموم العلة أن يقال : ان العبد اذ عقد عقداً أو أوقع ابقاعاً ولم يكن معصية لمه تعالى يصح باجازة مولاه وهل يمكن التعدي من اثبات حكم بالنسبة الى العبد الى غيره ، فلاحظ.

نعم لا يبعد أن يستفاد صحة البيع الفضولي بالاجازة من حديث محمد بين قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى في وليدة باعها ابن سيدها وابو ه غائب فاشتر اها رجل فولدت منه غلاماً ، ثم قدم سيدها الاول فخاصم سيدها الاخير فقال هذه وليدتي باعها ابني بغير اذني ، فقال خذ وليدتك وابنها ، فنا شده المشتري فقال : خذ ابنه يعني الذي باع الوليدة حتى ينفذ لك ما باعك ، فلما اخذ البيع الابن قال ابوه : ارسل ابني فقال : لاارسل ابنك حتى ترسل ابني ، فلما رأى ذلك سيد الوليدة الاول اجاز بيع ابنه (* ٢) ولكن الحق استفادة صحة الفضولي بالاجازة من حديث زرارة بتقريب عموم العلة ، فلاحظ .

الوجــه الثالث النصوص الواردة فــي الموارد المختلفة الدالة على جواز الفضولي في النكاح ، منها : ما رواه محمد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام

١) لاحظ ص: ٥٤٥

٢) الوسائل: الباب ٨٨ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث ١

انه سأله عن رجل زوجته امه وهوغايب ، قال : النكاح جايز ان شاء المتزوج قبل وان شاء ترك فان ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لامــه (* ١) ومنها ما رواه زرارة (* ٢) .

ومنها : ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن رجل تزوج عبده « امرأة » بغير اذنه فدخل بها ثم اطلع على ذلك مولاه ، قال : ذاك لمولاه ان شاء فرق بينهما ، وان شاء اجاز نكاحهما فان فرق بينهما فللمرأة ما أصدقها ، الا أن يكون اعتدى فاصدقها صداقاً كثيراً ، وان اجاز نكاحه فهما على نكاحهما الاول ، فقلت : لأبي جعفر عليه السلام : فان اصل النكاح كان عاصياً ، فقال أبو جعفر عليه السلام: انما اتى شيئاً حلالا وليس بعاص لله انما عصى سيده ولم يعص الله ، ان ذلك ليس كاتيان ما حرم الله عليه من نكاح في عدة واشباهه (* ٣) .

ومنها: ما رواه معاوية بن وهب قال: جاء رجل الى أبي عبدالله عليه السلام فقال: اني كنت مملوكا لقوم، واني تزوجت امراة حرة بغيراذن موالي ثم اعتقوني بعد ذلك، فاجدد نكاحي اياها حين اعتقت ؟ فقال له: أكانوا علمواانك تزوجت امرأة وانت مملوك لهم ؟ فقال: نعم وسكتوا عني ولم يغيروا علي ، قال: فقال سكوتهم عنك بعد علمهم اقرار منهم ، اثبت على نكاحك الاول (* ٤) .

ومنها: ما رواه الحسن ابن زياد الطائي قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام اني كنترجلا مملوكا فتزوجت بغيراذن مولاي، ثم اعتقني الله بعد فاجدد النكاح قال: فقال: علموا انك تزوجت؟ قلت: نعم قــد علموا فسكتوا ولم يقولوا لى

١) الوسائل الباب ٧ من ابواب عقد النكاح واولياء العقد الحديث : ٣

٢) لاحظ ص: ٥٤٥

٣) الوسائل الباب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث : ٢

٤) الوسائل الباب ٢٦ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث : ١

أن يتزوجها (' الا مـع عموم الاذن منها (' بــل او اذنت له في أن أن يتزوجها فالاحوط لهاستحباباً أن لايتولى بنفسه الايجاب والقبول بل يوكــل عنها من يتولى الايجاب عنها (" ولا بأس له أن يوكلها

شيئاً قال : ذلك اقرار منهم انت على نكاحك (* ١).

ومنها: ما رواه أبو عبيدة (* ٢) ومنها: ما رواه الفضل بن عبد الملك (٣) مضافاً الى الشهرة والاجماع ونفي الخلاف المدعاة .

١) كما نقل عنجملة من الاساطين كالمحقق والعلامة، وعن المسالك دعوى
 عدم الخلاف والوجه فيه انصراف التوكيل عن نفس الوكيل .

۲)كما هو ظاهر .

٣) لرواية عمار الساباطي (* ٤) ولا يبعد أن يكون النهي راجعاً الى كون الزوج بنفسه شاهداً في الزواج فيكون المنع من هذه الجهة فلايدل على فسادتولي الزوج لطرفي الايجاب والقبول .

مضافاً الى دعوى ضرورة عدم القدح، لاحظ كلام السيدالحكيم (قده) في هذا المقام ولو تنزلنا عما قلنا و سلمنا ان النهى راجع الى تولى الرجل الايجاب لكن نقول ان المستفاد من الرواية ان المنهي عنه هو المجموع المركب من الايجاب و الشهاده وأما الايجاب بلاشهادة فلا يكون متعلقاً للنهى ومقتضى القاعدة الاولية هو الجواز .

ثم لا يخفى : ان المنهي عنه الوكالة فى الايجاب فلو فرض ان الرجل وكل شخصاً آخر للقبول وتصدى بنفسه للايجاب يكون مشمولا للنهى فما فى كلمات

١) نفس المصدر الحديث :٣

٢) لاحظ ص : ١٤٥٥

٣) الوسائل الباب ٦ من أبو اب عقد النكاح واولياء العقد الحديث: ٤

٤) لاحظ ص: ٧١٥

عنهاج الصالحين ج ٩
 فتتولى الايجاب منها والقبول عنه ١١ .

الفصل الثالث

فى المحرمات : وهى قسمان نسب وسبب (فالنسب) الام وان علت والبنت وانسفلت والاخت وبناتها وان نزلن والعمة والخالة وان علنا كعمة الابوين والجدبن وخالتهما وبنات الاخ وان نزلن وأمسا السبب فامور :

(الاول) ما يحرم بالمصاهرة (٢.

الاصحاب من كراهة تولي طرفى العقد أوحرمته ليس على ما ينبغى بل المنهي عنه كون الزوج متصدياً للا يجاب ، فلاحظ ·

الخروج الفرض عن مفاد الحديث .

۲) حرمة المذكورات من الأمور الواضحة التي لامجال للبحث فيها بالاضافة الى الاية الشريفة «حرمت عليكم امها تكم وبنا تكم واخوا تكم وعما تكم وخالا تكم وبنات الاخ وبنات الاخت وامها تكم اللاتي ارضعنكم واخوا تكم من الرضاعة وامهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجود كم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم، وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم وان تجمعوا بين الاختين الاما قد سلف ان الله كان غفوراً رحيما» (* ١) فان صدق بعض العناوين المذكورة في الاية الكريمة على بعض المراتب وان كان محل النامل او المنع ، لكن يتم الامر بالتسالم والاجماع والارتكاز المتشرعي، فلاحظ.

١) النساء/٢٣

(مسألة 1): من وطأ امرأة بالعقد اوالملك حرمت عليه امها وان علم وان عليه المها وان نزلت لابن اوبنت تحريماً مؤبداً سواء سبقن على الوطبيء ام تأخرن عنه (١٠).

1) في هذه مسئلة فروع: الفرع: الاول: انه من وطأامر أة بالعقد حرمت عليه المها بلاخلاف ولااشكال ويدل على المدعى قوله تعالى (*١) ومقتضى اطلاق الاية الشريفة تحقق الحرمة ولومع عدم الدخول بلهو المعروف و المشهور بين الاصحاب على ما يظهر من بعض الكلمات ، بل ادعي عليه الاجماع عدا ما نسب الى ابن أبي عقيل من اشتراط الدخول بالبنت لحرمة امها.

وربما يقال :انه يستفاد الاشتراط من الكتاب العزيز وله تقريبان احدهما :أن يكون قوله تعالى « من نسائكم اللاتى دخلتم بهن » راجعاً الى كل من نسائكم وربائبكم وفيه : ان الجار اذاكان راجعاً الى نسائكم يكون بيانية واذاكان متعلقاً بقوله تعالى « وربائبكم » يكون نشوية والجمع بين الامرين على فرض جوازه وصحته خلاف الظاهر لا يصار اليه بلا قرينه فهذا التقريب فاسد .

ثانيهما: أن يكون قوله تعالى « اللاتي دخلتم بهن » صفة لكل من نسائكم الاولى والثانية وفيه :ان الفصل بين الصفة والموصوف لادليل على صحته وصفوة القول : ان العرف محكم في باب الظواهر والظاهر من الاية الشريفة رجوع القيد الى امهات الربائب ، فمقتضى اطلاق الاية المباركة عدم الاشتراط وتحقق الحرمة بنفس تحقق عنوان ام الزوجة هذا بحسب المستفاد من الكتاب .

واما بحسب النص فيستفاد من بعض الروايات عدم الاشتراط ،لاحظ ما رواه غياث ابن ابراهيم، عن جعفر، عن ابيه ان علياً عليه السلام قال . اذا تزوج الرجل المرآة حرمت عليه ابنتها اذا دخل بالام فاذا لم يدخل بالام فلابأس أن يتزوج بالابنة

١) لاحظ ص: ٢٠٤

واذا تزوج بالابنة فدخل بها اولم يدخل فقد حرمت عليه الام وقال: الربائب عليكم حرام كن في الحجرا ولم يكن (%1) .

ولاحظ مارواه ابوبصير قال : سألته عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها فقال : تحل له ابنتها ولا تحل له امها (* ٢) ·

وفي قبال هذه الطائفة ، طائفة اخرى تعارضها وتدل على الاشتراط :

منها: مارواه حماد بن عثمان ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الام والبنت سواء اذا لم يدخل بها يعنى اذا تزوج المرئة ثم طلقها قبل ان يدخل بها فانه ان شاء تزوج امها وان شاء ابنتها (* ٣) .

ومنها: ما رواه محمد بن اسحاق بن عمار قال: قلت له: رجل تزوج امرأة ودخل بها ثم ماتت أيحل له أن يتزوج امها ؟ قال: سبحان الله كيف تحل له امها وقد دخل بها ؟ قال: قلت له: فرجل تزوج امرأة فهلكت قبل أن يدخل بها تحل له امها ؟ قال: وما الذي يحرم عليه منها ولم يدخل بها (* ٤).

ومنها: ما رواه جميل بن دراج انه سئل ابوعبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها هل تحل له ابنتها ؟ قال الام والابنة في هذا سواء اذا لم يدخل باحداهما حلت له الاخرى (* ه) فلابد من العلاج والترجيح مع الطائفه الاولى لموافقتها مع الكتاب وقد ذكرنا اخيراً ان المرجح منحصر بالاحدثيه فيدخل المقام في كبرى اشتباه الحجة بغيرها وحيث ان تخصيص الكتاب غير ثابت فلابد من العمل على طبق ظاهر قوله تعالى فالنتيجه هي الحرمة والله العالم. الفرع الثانى: انه تحرم ام الزوجه وان علت والا مركما افاده فان الظاهر

١ و٢) الوسائل الباب ١٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها الحديث: ٤ و٥
 ٣ و٤ و٥) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها الحديث:

كتاب النكاح -----

التسالم على أن المذكورات في الاية الشريفة لا تختص بالدرجة الاولى .

قال سيدناالاستاد المراد مـن الامهات والبنات وبنات الاخ وبنات الاخت الاعم من الصلبية وغير ذات الواسطة ومن ذات الواسطة بلاكلام.

الفرع الثالث: انه يحرم على الواطي بنت الزوجة بلا اشكال ولا كلام ويدل عليه قوله يعالى « وربائبكم » مضافاً الى النصوص وقد تقدم بعض تلك النصوص في ذيل الفرع الاول.

الفرع الرابع: ان البنت تحرم وان نزلت والأمر كما افاده بالتسالم والاجماع ويمكن أن يقال: ان المدعى مستفاد من الكتاب الكريم بمقتضى وحدة السياق اذ قد مر قريباً ان المراد من الام والبنت الاعم فالربيبة كذلك.

الفرع المخامس: انه لا فرق في حرمة الربيبة بين كونها سابقة على الوطيء وبين كونها لاحقه ،ويدل على المدعى مارواه محمد بن مسلم قال :سألت احدهما عليهما السلام عن رجل كانت له جارية فاعتقت فزوجت فولدت أيصلح لمولاها الأول أن يتزوج ابنتها ؟ قال : لا هي خرام وهي ابنته والحرة والمملوكة في هذا سواء(*١) مضافاً الى التسالم فيما بينهم

الفرع السادس: انه من وطأامرئة بالملك حرمت عليه امها للنصوص: منها مارواه حسين بن سعيد قال: كتبت الى أبي الحسن عليه السلام رجل له امة يطأها فماتت أوباعها ثم أصاب بعد ذالك امها هل له أن ينكحها؟ فكتب عليه السلام لاتحل له (*۲) ولا يعارض النصوص الدالة على المنع ماروي عن ابي عبدالله عليه السلام عن رجل كانت له مملوكة يطأها فماتت ثم اصاب بعد امها قال: لا بأس ليست بمنزلة الحرة (*۳) فان هذا الرواية تدل على الجواز لكن لا اعتبار بسندها بمحمد

١) الوسائل الباب ١٨ من ابواب مايحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث: ٧

٢ و٣) الوسائل الباب ٢١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٧ و ١٥

(مسألة ٢): تحرم الموطوئة بالملك أو العقد على أبي الواطى وان علا، ولوكان لامه وعلى أولاده وان نزلوا وكذا المعقود عليها لاحدهما مطلقاً فانها تحرم على الاخروكذا الامة المملوكة الملموسة بشهوة أو المنظور الى شيىء منها مما يحرم النظر اليه لغير المالك بشهوة فانها تحرم على الاخر (١).

بن سنان .

الفرع السابع : من وطأامرئة بالملك تحرم عليه بنتها ويدل على المدعى ما رواه محمد بن مسلم ، عن أبى عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل كانت له جارية وكان يأتيها فباعها فاعتقت وتزوجت فولدت ابنة هل تصلح ابنتها لمولاها الأول؟ قال: هي عليه حرام (* ١) .

واما حديث رزين بياع الانماط – عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له: تكون عندي الامة فاطأها ثم تموت أو تخرج من ملكي فاصيب ابنتها يحل لي أن أطأها ؟ قال: نعم ، لابأس به انما حرم الله ذالك من الحراير فأما الاماء فلا بأس به (*٢) ـ فلضعف سنده غيرقابللان يعارض دليل المنع فان سنده مخدوش برزين وغيره.

وأما شمول الحكم للمرتبة الاولى وبقية المراتب فكمامر ، فان عموم الحكم مورد تسالمهم هذا على تقدير عدم صدق عنوان الام أو البنت على ذي الواسطة والا فالأمراوضح .

١) في هــذا المسئلة فروع الفرع الأول: ان الموطوثة بالملك تحرم على
 اب الواطى ، ادعي عليه اجماع المسلمين ، ويمكن الاستدلال على المدعى بقوله

١ و٢) نفس المصدر الحديث : ٦ و ١٦

كتاب النكاح _____

تعالى «وحلائل ابنائكم » (*1) . ويدل على المدعى مارواه زرارة قال : قال ابو جعفر عليه السلام في حديث اذا اتى الجارية وهي حلال فلاتحل تلك الجارية لابنه ولالابيه (* ٢) .

ويمكن الاستدلال على المدعى بما يدل على التحريم مع اللمس والنظر بالاولوية لا حظ ما رواه عبدالله بن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل تكون عنده الجارية يجردها وينظر الىجسمها نظر شهوة هل تحل لابيه ؟وان فعل ابوه هل تحل لابنه ؟ قال: اذا نظر اليها نظر شهوة ونظرمنها الى ما يحرم على غيره لم تحل لابنه وان فعل ذلك الابن لم تحل للاب (**)

الفرع الثانى: انها تحرم على اب الواطى وان علاوان كان لامه ادعي عليه الاجماع ولصدق الابن على الحفيد على ما ادعى .

الفرع الثالث: انه لووطى بالملك تحرم الموطوئة على اولاد الواطي ويدل عليه ماعن أبي جفعر عليه السلام (*٤) ويمكن الاستدلال بحديث عبدالله بن سنان (*٥) بالتقريب المتقدم وهي الاولوية .

الفرع الرابع: انها تحرم على اولاد الواطى وان نزلوا، فانه يمكن الاستدلال على المدعى مضافاً الى التسالم والاجماع بما يدل على حرمتها على الابن بدعوى ان الا بن يصدق على الحفيد .

الفرع الخامس: انه تحرم المعقودلكل منهما على الاخر ولومع عدم الدخول. ويمكن الاستلال على المدعـــى مضافاً الى الاجماع والتسالم بقول تعالى « ولا

١) النساء ٦/٣٢

٢ و٣) الوسائل الباب ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث: ٥ و٦

٤) لاحظ صدر هذه الصفحه

٥) لاحظ ص: ٥٦٥

تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء » (**) وقوله تعالى «وحلائل ابنائكم » (**) فان زوجة كل واحد منهما حرام على الآخر بالكتاب مضافاً الى النصوص ، لاحظ مارواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام انه قال : لولم تحرم على الناس ازواج النبى صلى الله عليه و اله لقول الله عزوجل : «و ما كان لكم ان تؤذوا رسول الله ولاان تنكحو ازواجه من بعده ابداً» حرمن على الحسن والحسين بقول الله عزوجل « ولا تنكحو اما نكح آبائكم من النساء ولا يصلح للرجل أن ينكح امرأة جده (**) ولاحظ ما رواه زرارة قال : قال ابوجعفر عليه السلام في حديث : واذا تزوج الرجل امرأة تزويجاً حلالا فلا تحل تلك المرأة لابيه ولا لابنه (**) .

الفرع السادس: ان الملموسة بشهوة لاحدهما تحرم على الاخرو ايضاً المنظور الى شيىء منها مما يحرم النظر اليه لغير المالك اذا كان النظر بشهوة تحرم على الاخر والدليل على المدعى النصوص الواردة في المقام:

منها: مارواه محمد بن اسماعيل قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل تكون له الجارية فيقبلها هل تحل لولده ؟ قال: بشهوة ؟ قلت: نعم: قال ما ترك شيئاً اذا قبلها بشهوة ثم قال ابتداء منه: انجردها و نظر اليها بشهوة حرمت على ابيه وابنه قلت: اذا نظر الى جسدها ، فقال: اذا نظر الى فرجها وجسدها بشهوة حرمت عليه (* ٥) فانه يستفاد من هذه الرواية انه اذا قبلها بشهوة تحرم على الأبن و ايضا يستفاد من الحديث ان النظر من كل و احد منهما بشهوة الى موضع لا يحل النظر اليه لغير المالك يوجب الحرمة على الاخر.

١ و٢) النساء ٢٢ و٢٣

٣) الوسائل الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١

٤) نفس المصدر الحديث: ٢

٥) الوسائل الباب ٣ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث: ٢

ويمكن أن يقال انه يستفاد حكم اللمس بشهوة من حكم النظر بالا ولوية ومنها ما رواه عبدالله بن سنان ، عن أبى عبد الله عليه السلام في الرجل تكون عنده المجارية يجردها وينظر الى جسمها نظر شهوة هل تحل لابيه ؟ وان فعل ابوه هل تحل لا بنه ؟قال :اذا نظر اليها نظر شهوة ونظر منها الى ما يحرم على غيره لم تحل لا بنه وان فعل ذلك الا بن لم تحل للاب (* ١) فانه يستفاد حكم النظر بشهوة من هذه الرواية ويستفاد حكم اللمس بالاولوية .

وفي المقام روايتان ربما يتوهم معارضتهما مع دليل المنع . الاولى : مارواه عبدالله بن يحيى الكاهلي عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث قال: سألته عنرجل تكون له جارية فيضع ابوه يده عليها من شهوة أو ينظر منها الى محرم من شهوة، فكره أن يمسها ابنه (*۲) بتقريبان الكراهة ظاهرة في عدم الحرمة فتعارض دليل الحرمة. وفيه اولاان الكراهة اعم من الحرمة فتقيد بدليل الحرمة وثانياً : كلا منا في المقام في نظر كل من الاب والابن الى مملوكته أولمسها وحديت الكاهلي مورده لمس الاب مملوكة الابن فلا ترتبط الرواية بما نحن فيه الثانية : مارواه علي بن يقطين عن العبد الصالح عليه السلام عن الرجل يقبل الجارية يباشرها من غيرجماع داخل أوخارج أتحل لابنه أولابيه ؟ قال لابأس (*۳) بتقريب ان المستفاد من الرواية ان اللمس بدون الجماع لايوجب الحرمة .

وفيه :ان تقييد الاطلاق بالمقيد على طبق القاعدة الاولية وحيثان هذه الرواية مطلقة من حيث الشهوة وعدمها تقيد بما تشترط فيه الحرمة بالشهوة . وان ابيت عن هذا البيان وقلت ان الظاهر من الرواية ان المباشرة فرضت في الرواية بشهوة نقول لم تفرض في الرواية ان الجارية جارية لسمن يقبلها فمن هذه الجهة مطلقة فقيد بنلك الروايات المفروض فيها كون اللمس بشهوة .

١ و٢) نفس المصدر الحديث : ٦ و٢

٣) الوسائل الباب ٧٧ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث: ٣

(مسألة ٣): من عقد على امرأة ولم يــدخل بهاحرمت عليه امها (١ وان علت ابداً (١ وتحرم بنتها على الاحوط وان نزلت مــن بنت كانت او من ابن مادامت الام في عقده (٣.

بقى شيثى وهو ان المستفاد من بعض نصوص الباب ان مجرد النظر يوجب الحرمة، لاحظ ما رواه عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل تكون عنده الجارية فيكشف ثوبها ويجردها لايزيد على ذلك قال: لاتحل لا بنه اذا رأى فرجها (*۱)فان مقتضى اطلاق هذه الرواية ان النظر الى فرج الجارية يوجب الحرمة بالنسبة الى الابن وان لم يكن عن شهوة ولكن يقيد هذا الاطلاق بحديث محمد بن اسماعيل (* ۲):

١) قد تعرضنا لهذا الفرع سابقاً فراجع .

۲) بلاكلام ولا اشكال هذا على تقديرعدم صدق الام على الجدة والا يكون
 الأمراوضح فان مقتضى قوله تعالى « وامهات نسائكم » الحرمة على الاطلاق ،
 فلاحظ

٣) بلا كلام ويمكن الاستدلال على المدعى بأنه لوعقد على البنت فأما فلترم بصحة كلا العقدين واما فلتزم بصحة الثاني وبطلان الاول واما فلتزم بالعكس أما الاول فلا يمكن الالتزام به لعدم جواز نكاح ام الزوجة وكوفها محرمة ابدأ كتاباً وسنة واما الالتزام بالثاني فبلاوجه اذ قد صدر العقد عن أهله ووقع في محله فلاوجه لبطلان فبتعين الثالث.

ويمكن الاستدلال على المدعى بمارواه احمدبن محمدابن أبي نصرقال :سألت

١) الوسائل الباب ٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة و نحوها الحديث: ٧

٢) لاحظ ص: ٦١٠

فان فارقها قبلالدخول جازله العقد على بنتها (اولو دخل حرمت

أباالحسن عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة متعة ايحل له أن يتزوج ابنتها ؟قال: لا (١*) فان مقتضى اطلاق الرواية عدم الجوازولومع عدم الدخول. ولايبعد ان نظر الماتن في بناء المسئلة على الاحتياط التشكيك في صدق الابنة على بنت الابن او بنت البنت والحال انه صرح في بعض كلماته بصدق الا بن على الحفيد ، الا أن يقال بأن الظاهر من كلامه الاحتياط في اصل الحكم.

۱) بمقتضى صراحة الآية الكريمه « فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم (۴٪) و بنص الرواية، لاحظ ما رواه عيص بن قاسم، قال :سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل باشر امرأته وقبل غير انه لم يفض اليها ثم تزوج ابنتها قال : ان لم يكن افضى الى الام فلا بأس . وان كان افضى فلايتزوج (۴٪) .

وفي المقام نصوص يستفاد منها الخلاف ، وتعارض الطائفة الاولى : منها : ما رواه محمد بن مسلم ،عن أحدهما عليهم السلام قال :سألته عن رجل تزوج امراة فنظر الى بعض جسدها يتزوج ابنتها ؟ قال : لا اذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتزوج ابنتها (*٤) .

ومنها: مارواه ابو الربيع قال: سئل ابو عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امراة فمكث ايامامعها لايستطيعها غير انه قدرأى منها مايحرم على غيره ثم يطلقها أيصلح له أن يتزوج ابنتها؟ قال أيصلح له وقد رأى من امها ما رأى؟ (* ٥).

فنقول: اذا امكن الجمع بين الطرفين بالجمع العرفي فهو والا يكون الترجيح مع الطائفة الاولى لكونها موافقه مع الكتاب وتلك الطائفة تخالفه، فان

١) الوسائل: الباب ١٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة وتحوها الحديث: ١

٢) لاحظ ص: ٢٠٤

٣ و٤) الوسائل الباب ١٩ من ابواب ما يحرم بالمضاهرة ونحوها الحديث : ٣ و ١

٥) نفس المصدر الحديث: ٢

عليه البنت ابدآ (ا ولم تحرم البنت على ابيه ولاعلى ابنه (٦ .

(مسألة ٤) تحرم اخت الزوجة جمعاً (٣ لاعيناً (٤ وكذا بنت الختها واخيها الامع اذن العمة والخالة (٥ . ولوعقد من دون اذنهما

المستفاد من الكتاب ان الميزان في تحقق الحرمة الدخول ومن الظاهران الدخول يلازم عادة المسوالنظر فيلزم أن يكون التحريم بالسبب المتقدم واسقاط الدخول عن الموضوعية مع صراحة الكتاب به، فان تلك النصوص لكونها مخالفة مع الكتاب تضرب عرض الجدار .

فانها تخالف صراحة الآية الكريمة الدالة على الجواز حيث قال تعالى « فان لم تكون دخلتم بهن فلا جناح عليكم » .

- ١) قد تقدم الكلام حول هذا الفرع ، فلا نعيد .
 - ٢) لعدم دليل عليه .
- ٣)بلا اشكال بل في بعض الكلمات بلا خلاف بين المسلمين قاطبة و يدل عليه
 قوله تعالى (*١) مضافاً الى النصوص:

منها: مارواه ابو عبيده قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: لا تنكح المرأة على عمتها ولا خالتها ولا على اختها من الرضاعة (*٢).

- ٤) بمقتضى القاعدة الاولية وعدم الدليل على المنع، مضافاً الى ما يستفاد من
 النصوص وبالاضافة الى عدم الاستنكار من المتشرعة ، فلاحظ .
- ه على ماهو المشهور بين الاصحاب بـل ادعـى عليه الاجماع والنصوص
 دالة على المدعى ، منها ما رواه محمدبن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام قال :
 لاتزوج ابنة الاخ ولاابنة الاخت على العمة ولا على الخالة الاباذنهما وتزوج العمة

١) لاحظ ص: ٤٠٤

٢) الوسائل: الباب ٢٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة وتحوها الحديث: ٢

فاجازتاصح على الاقوى وان كان الاحوط تجديد العقد ١١

والخالة على ابنة الاخ وابنة الاخت بغير اذنهما (%١).

و أما حديث على بن جعفر ـ عن اخيه ، موسى بن جعفر عليهما السلام قال : سألته عن امرأه تزوج على عمتها وخالتها قال: لابأس وقال: تزوج العمة والخالة على ابنة الاخ وابنة الاخت ولا تزوج بنت الاخ والاخت على العمة والخالة الا برضاء منهما فمن فعل ذلك فنكاحه باطل (* ٢) ، الدال على الجواز فحيث انه مطلق يحمل على المقيد .

وبعبارة اخرى: الحديث الدال على الجواز مطلق من حيث الاذن وعدمه فيحمل على حديث ابن مسلم المفصل بين صورتى الاذن وعدمه مضافاً الى الاختلاف الواقع بين الصدر والذيل في حديث ابن جعفر فلا حظ.

1) وقع الكلام بين القوم في المقام فذهب جملة من الاصحاب على ما نسب اليهــم الى الفساد وعــدم تأثير الاجازة المتأخرة بتقريب ان العقد حين صدوره ممن بيده الأمر فاقد المشرط والشيثى لاينقلب عماهو عليه ، ولذا لوبيع شيثى بالبيع الغرري وبعد البيعار تفع الغرر لايصح اذ حين تحققه صدر غررياً والمقام كذلك وما افيد في تقريب البطلان تام .

لكن القائلين بالصحة تمسكوا في مقام اثباتها بما رواه زرارة، عن أبى جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوك تزوج بغير اذن سيده، فقال: ذاك الى سيده ان شاء اجازه وان شاء فرق بينهما، قلت اصلحك الله ان الحكم بن عيينة وابراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: ان اصل النكاح فاسد ولا تحل اجازة السيدله، فقال

١) الوسائل: الباب ٣٠ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة وتحوها الحديث: ١

٢) نفس المصدر الحديث: ٣

(مسألة ۵): من زنى بخالته في قبلها أو دبرها حـــرمت عليه بناتها ابداً (۱

ابو جعفر عليه السلام: انسه لم يعص الله ، وانما عصى سيده ، فاذا أجازه فهولمه جايز (* ١) بتقريب ان المستفاد من الرواية ببركة عموم التعليل ان كل عقد واجد للشرايط الشرعية الالهية اذا كان فساده من ناحية عدم الرضا يصح بلحوق الرضا والمقام من مصاديق تلك الكبرى .

وقد مرمناسابقاً ان استفادة العموم من الحديث مشكل بل غاية ما يستفاد منه ان كل ما صدر عن العبد من العقد والا يقاع اذا لم يكن مقروناً برضا المولى يصح بلحوق رضاه، فعلى هذا لابد من جعل الاحتياط المذكور في ذيل المسئلة وجوبياً لكن الانصاف: ان الحديث يستفاد منه صحة الفضولي بالاجازة على الاطلاق وقد بنينا على الصحة في البيع الفضولي فما افاده في المئن تام.

١) في المقام روايتان :

الاولى :ما رواه محمد بن مسلم قال :سأل رجل ابا عبدالله عليه السلام وانا جالس عن رجل نال من خالته في شبابه ثم ارتدع يتزوج ابنتها ؟ قال : لا ، قلت انه لم يكن افضى اليها انما كان شيئى دونشي وفقال : لايصدق ولاكرامة (*٢) .

الثانية مــا رواه ابو ايوب عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سأله محمد بــن مسلم وانا جالس عن رجل نال منخالته وهوشاب ثم ارتدع أيتزوج ابنتها؟ قال: لاقال انه لم يكن افضى اليها انما كان شيثى دون ذلك قال: كذب (٣٣) و هذه الرواية ضعيفه بضعف اسناد الشيخ الى الطاطرى ، فالعمدة الرواية الاولى .

وربما يقال :ان المناقشة الصغروية الواردة في ذيـل الحديث لاتناسب مقام

١) الوسائل: الباب ٢٤ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث: ١

٢ و٣) الوسائل الباب ١٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١ و٢

اذا كان الزنا سابقاً على العقد (ويلحق بالزنا بالخالة الزنـا بالعمة على الاحوط وجوباً (والاحوط استحباهـاً أن لابنزوج الزاني بنت المرنى بها مطلقاً (ا

الأمام عليهالسلام فهذا يوجب التوقف،وفيه انه يمكنأن تكون المناقشه الصغروية بلحاظ مصحلة مكشوفة لدى الامام عليه السلام.

وان شئت قلت:هذه المناقشة لاتوجب رفع اليد عن صدرالحديث والمستفاد منه حرمة بنت المزني بها على الزاني والماتن عمم الحكم الى صورة تحقق الزنا في الدبر، والظاهران الجزم بالمدعى مشكل، الا أن يقال ان مقتضى اطلاق قوله «نال من خالته» عدم الفرق بين القبل والدبر، لكن المتبادر من هذه الجملة النيل منها على حسب المتعارف وهو الدخول في القبل.

- ١) كما هو المفروض في النص.
- ٢) الوجه في التوقف عدم نص بالنسبة الى العمة، فان ثبت اجماع على اتحاد
 المقامين من هـذه الجهة او ان تم الدليل على ان الزنا بأمر ثة يوجب حرمة بنتها
 فهو والا فلابد من بناء المسئلة على الاحتياط .
- ٣) المسألة مورد الخلاف بين الاصحاب ومنشأ الاختلاف معارضة النصوص
 فطائفة منها تدل على المنع:

منها: مارواه محمد بن مسلم ، عن احدهما عليها السلام انه سئل عن الرجل يفجر بالمرأة أيتزوج بابنتها ؟ قال: لاالحديث (* ١).

ومنها : ما رواه عيص بن القاسم قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل باشر امرأة وقبل غير انه لم يفض اليها ثـم تزوج ابنتها فقال : ان لم يمكن افضى

١) الوسائل الباب ٦ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة وتحوها الحديث : ١

المي الام فلا بأس وان كان افضى فلا يتزوج ابنتها (* ١) .

ومنها: ما رواه منصور بن حازم ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجـل كان بينه وبين امرأة فجور هل يتزوج ابنتها ؟ فقال: ان كان من قبلة او شبهها فليتزوج ابنتها وليتزوجها هي انشاء (* ٢) .

ومنها : ما روي عن منصور بن حازم مثله الا انه قال : فليتزوج ابنتها انشاء وان كان جماعاً فلا يتزوج ابنتها وليتزوجها (* ٣) .

ومنها: ما رواه بريد قال: ان رجلا من اصحابنا تزوج امرأة قد زعم انه كان يلاعب امها ويقبلها من غير أن يكون افضى اليها قال: فسألت أبا عبدالله عليه السلام فقال لي: كذب مره فليفارقها قال: فأخبرت الرجل فوالله ما دفع ذلك عن نفسه وخلى سبيلها (* ٤).

ومنها: ما رواه منصور بن حازم ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن رجل فجربامرأة أيتزوج ابنتها ؟ قال: ان كان قبلة أو شبهها فلابأس وان كان زنا فلا (* ٥) .

ومما يدل على المنع ما رواه محمد بن مسلم ، عن احدهما عليهما السلام: قال: سألته عن رجل فجر بامرأة ايتزوج امها من الرضاعة او ابنتها ؟ قال: لا (١٠٠٠). فان المستفاد من الحديث ان حرمة ام المزني بها أو بنتها من النسب مفروغ عنها وانما السؤال عنهما اذا كانت النسبة بالرضاع فاجاب عليه السلام بالحرمة. وبتقريب آخر: يمكن اثبات المدعى بالاولوية اذ لو تم الحكم في الرضاع يتم في النسب بالاولوية ومنها: ما رواه ابن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل فجر بامرأة أيتزوج امها من الرضاع او ابنتها ؟ قال: لا (٧٠٤) والتقريب

١ و٢ و٣ و٤ و٥) نفس المصدر الحديث : ٢ و٣ و٤ وه و٨

٣ و٧) الوسائل الباب ٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة وتحوها الحديث: ١ و٢

كتاب النكاح _____كتاب النكاح _____

هو النقريب .

وفي قبال هذه الطائفة طائفة اخرى تدل على الجواز: منها ما رواه هشام «هاشم خل» بن المثنى ، عن أبي عبدالله عليه السلام انه سئل عن الرجل يأتى المرأة حراماً أيتزوجها ؟ قال: نعم ، وامها وابنتها (* ١) .

ومنها: ما رواه زرارة قال: قلت لابي جعفر عليه السلام رجل فجر بامرأة هل يجوز له أن يتزوج ابنتها ؟ قال: ما حرم حرام حلا لاقط (* ٢)

ومنها: ما رواه هشام بن المثنى قال:كنت عند أبي عبدالله عليه السلام فقال له رجل: رجل فجر بامرأة اتحلله ابنتها؟ قال: نعم،ان الحرام لايفسدالحلال (%٣)

ومنها : مارواه حنان بن سدير قال : كنت عند أبي عبدالله عليه السلام اذ سأله سعيد عن رجل تزوج امرأة سفاحا هل تحل له ابنتها ؟ قال : نعم، ان الحرام المحلال (* ٤) .

ومنها: مارواه صفوان قال: سأله المرزبان عنرجل يفجر بالمرأة وهي جارية قوم آخرين ثم اشترى ابنتها اتحل له ذلك؟ قال: لا يحرم الحرام الحلال (* ٥). فجر بامرأة حراما أيتزوج بابنتها؟ قال: لا يحرم الحرام الحلال (* ٥).

فيقع التعارض بين الطرفين فلا بد من اعمال قاعدة التعارض ، والظاهر ان الترجيح في طرف الطائفة المجوزة لكونها موافقة مع الكتاب فان قوله تعالى « واحل لكم مارواء ذلكم » (*٦) يقتضي حلية تزويج غير ما ذكر في الاية من الأصناف وعلى فرض عدم الترجيح تصل النوبة الى التعارض وبعد التساقط يكون اطلاق الاية محكما كما هو ظاهر .

۱ و ۲) الوسائل الباب ۲ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث: ۷ و ۹ ۳ و ٤ و ۵) نفس المصدر الحديث: ۱۰ و ۱۱ و ۲۲

٦) النساء/ ١٤.

وفي الحاق الزنا بعـــد العقد وقبل الدخول بالزنا قبل العقد قولان والالحاق احوط واولى(١

لكن قد تقدم ان الترجيح منحصر في الأحدثية ولاطرين الى احرازها الا أن يقال ان مقتضى اطلاق الكتاب هو الجواز ولادليل على تقييده فيجوز والله العالم بقى شبىء: وهو ان الماتن احتاط استحباباً والحال انه صرح في موارد من كلامه انه لامجال للقول بالاستحباب في الاحكام الوضعية فما هو المراد من الاستحباب فاما يكون مراده من الاستحباب المذكور حكم العقل بحسن الكف عن مورد احتمال الحرمة الواقعية وأما يكون المرادان المستفاد من مجموع ادلة الاحتياط والبرائة استحباب الاحتياط والبرائة استحباب الاحتياط في كل شبهة وجوبية كانت او تحريمية والله العالم.

الماعدة الواية المعلى المعرمة العرمة فالدائة الواية المفتضية للجوار المرويج كقوله تعالى « واحل لكم ماوراء ذلكم » مقتضية للحلية مضافاً الى قوله فى نصوص كثيرة ان الحرام لا يحرم الحلال منها ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام انه قال فى رجل زنا بام امرأته او بنتها او باختها فقال: لا يحرم ذلك عليه امرأته شمقال: ما حرم حرام حلا لاقط (* 1).

ومنها: ما رواه محمد بن مسلم ، عن أحدهما عليهما السلام انه سئل عسن الرجل يفجر بالمرأة أيتزوج ابنتها؟ قال لا، ولكنان كان عنده امرأة ثم فجر بابنتها اواختها لم تحرم عليه التي عنده (* ٢) .

وفي المقام حديثان يستفاد منهما التفصيل بينكون الزنا قبل الدخول وكونه بعد الدخول بالحكم بالحرمة في الاول وبعدمها في الثاني .

الحديث الأول: مارواه عمار، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل تكون عنده الجارية فيقع عليها ابن ابنه قبل أن يطأها الجد أو الرجل يزني بالمرأة هــل

١ و٢) الوسائل: الباب ٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث: ٣ و٧

ولايلحق بالزنا النقبل واللمس والنظر بشهوة ونحوها'' وفي الحاق الوطء بالشبهة اذا سبق على العقد بالزنا في التحريم اشكال ''

يجوز لابيه أن يتزوجها ؟ قال : لاانما ذلك اذا تزوجها فوطاً ها ثم زنابها ابنه لـم يضره لأن الحرام لايفسد الحلال وكذلك الجارية (*1) فان المستفاد من الحديث ان الميزان الكلي في كون الفجور سبباً للحرمة وعدمه وقوعه قبل الدخول وبعده وهذه الرواية ضعيفة بسهل.

الحديث الثاني: مارواه ابوالصباح الكناني، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا فجر الرجل بالمرأة لم تحل له ابنتها ابداً وان كان قد تزوج ابنتها قبل ذلك ولم يدخل بها فقد بطل تزويجه وان هو تزوج ابنتها ودخل بها ثم فجر بامها بعد مادخل با بنتها فليس يفسد فجوره بامها نكاح ابنتها اذا هو دخل بها وهو قوله: لايفسد الحرام الحلال اذاكان هكذا (٢) وهذه الرواية مخدوشة بمحمد بن فضيل اذ لا يبعد أن يكون هو الا زدي ، والاقوال فيه متعارضة فالنتيجة انه لاوجه للقول بالحرمة.

العدم الدليل على الالحاق بل الدليل قائم علىخلافه ، لاحظ مارواه عيص بن القاسم (٣٣) .

٢) ما قيل في وجه الالحاق امور: الاول: ان الزنا اذا كان موجباً للتحريم فالوطء بالشبهة بطريق أولى يكون محرماً. وفيه: اولا ان الزنا السابق في غير الخالة والعمة موجباً للحرمة اول الكلام بل التزمنا بعدمه. وثانياً: لانرى وجهاً للأولوية وربما يكون التحريم في مورد الزنا لامر مفقود في المقام كتأديب الزاني مثلا، وعلى الجملة ان ملاكات الاحكام الشرعية لانعلمها.

١) الوسائل الباب ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث: ٣

٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة وننحوها الحديث: ٨

٣)لاحظ ص: ٦١٧

الثاني: انالوط، بالشبهة ملحقة بالنكاح الصحيح بحسب الاستقراء اذالوطي، بالشبهة توجب المهرو العدة والحاق الولدبالواطي فتكون ملحقة به في جميع الاحكام وحيث ان النكاح الصحيح يوجب الحرمة فالوط، بالشبهة كذلك .

وفيه: ان كونها في جملة من الاحكام كالنكاح الصحيح لايدل على العموم بل المتبع هو الدليل ولذا نرى انه لايجوز النظر الى ام الموطوثة شبهة و الحال انهجائز في النكاح بل من اظهر آثاره.

الثالث : أن قولهم «عليهم السلام (* ١) «الحرام لايحرم الحلال» بمفهومه يدل على أن الحلال يحرم وحيث أن الوطء بالشبهة حلال يوجب التحريم .

وفيه: ان الوطىء بالشبهة ربما يكون حراماً كما لو كانت الموطوثة اختاً للواطى بحسب الواقع ولكن تحل له بحسب الموازين الشرعية ، مضافاً الى أن قولهم الحرام لايحرم الحلال لامفهوم له كي تكون نتيجته كون الحلال محرماً فالمتحصل مما تقدم عدم قيام دليل على هذا المدعى وعليه يكون مقتضى القاعدة عدم كونه محرماً.

- ۱) لعدم الدليل على كونهما محرمين والقاعدة الاولية تقتضي الجواز ، وقــد
 تقدم الكلام حول الزنا الطاري على العقد قبل الوطىء .
- ٢) النصوص الواردة في المقام متعارضة واستدل على المنع بما رواه أبو بصير
 قال : سألته عن الرجل يفجر بالمرأة اتحل لابنه ؟ اويفجر بها الابسن اتحل لابيه ؟

١) لاحظ ص: ٦١٩ و ٢٢٠

كتاب النكاح _____ كتاب النكاح _____

قال : لاان كان الاب او الابن مسها و احد منهما فلاتحل (* ١).

وایضاً بما رواه علی بن جعفر ، عن اخیه موسی بن جعفر علیه السلام قــال : سألته عن رجل زنا بامرأة هل يحل لابنه أن يتزوجها ؟ قال : لا (* ٢)

والرواية الاولى ضعيفه سنداً بمحمد بن عيسى بن عبدالله حيث انه لم يــوثق واذا كان الراوي عنه العبيدي فهو ايضاً محل الاشكال ، والرواية الثانية لها سندان والسند الاول مخدوش ببنان بن محمد والسند الثانى مخدوش بعبدالله بن حسن .

والمعارض لهما مارواه زرارة قال: قال أبو جعفر عليه السلام: ان زنا رجل بامرأة ابيه اوبجارية ابيه فان ذلك لا يحرمها على زوجها ولا يحرم الجارية على سيدها انما يحرم ذلك منه اذا اتى الجارية وهي له حلال فلا تحل تلك الجارية لا بنه و لا لا بيه الحديث (* *) فان المستفاد من ذيل الحديث بمقتضى الحصر ان المحرم ما يكون حلالا ، وهذه الرواية ضعيفة بموسى بن بكر ، ومقتضى اطلاق قوله تعالى « و احل لكم » (* * *) جواز كل واحدة منهما على الاخر .

وربما يقال: انقوله تعالى « ولاتنكحوا ما نكح آبائكم » (* ٥) يقتضي حرمة موطوئة الاب على الابن ولكن الظاهر بحسب التبادر العرفي أن يكون المراد من النكاح في المقام العقد والزواج لاالوطىء.

ويؤكد المدعى ان وحدة السياق تقتضي أن يكون المراد العقد اذ المراد من المنهي بقوله «مانكح آبائكم » المنهي بقوله تعالى «لاتنكحوا» هو العقد فالمراد من قوله «مانكح آبائكم » ايضاً هو العقد وعلى تقدير الشك يكون الكلام مجملا فلا يترتب عليه اثر .

١ و٢) الوسائل: الباب ٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة وتحوها الحديث ١ و٢
 ٣) الوسائل الباب ٤ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة وتحوها الحديث: ١

٤) النساء/ ٤٢

٥) النساء/٢٢

(مسألة ٦): لوملك الاختين فوطىء احداهما حرمت الاخرى جمعاً (افلووطئهالم تحرم الاولى الاأن يكون عالماً بالحرمة والموضوع فتحرم حينئذ (آ. ثـم انه ان اخرج الاولى عـن ملكه حلت الثانية مطاقاً (وان اخرج الثانية عن ملكه لم تحل الاولى الا اذاكان اخراجه للثانية لابقصد الرجوع الى الاولى (أولا والاحوط في وطء

¹⁾ لجملة من النصوص منها ما رواه مسعدة بن زياد، قال: قال أبوعبدالله عليه السلام يحرم من الاماء عشر لاتجمع بين الام والابنة ولابين الاختين الحديث (*1) فان المراد من الجمع في الرواية الجمع بينهما بالوطى والافلا اشكال في الجمع في الملك.

٢) لاحظ مارواه الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له: السرجل يشتري الاحتين فيطأ احداهما ثم يطأ الاخرى بجهالة قال: اذا وطى الاخيرة بجهالة لم تحرم عليه الاولى وان وطىء الاخيرة وهـو يعلم انها عليه حرام حـرمتا عليه جميعاً (* ٢) فان المستقاد من الحديث انه لووطى الثانية مع العلم تحرم الاولى والا فلا وأما الثانية فلا اشكال فى حرمتها كما تقدم.

٣) لاحظ ما رواه عبدالله بن سنان قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: اذا كانت عندالرجل الاختان المملوكتان فنكح احداهما ثم بداله في الثانية ينكحها فليس ينبغي له أن ينكح الاخرى حتى تخرج الاولى من ملكه يهبها أو يبيعها فأن وهبها او لده يجزيه (* ٣) فان المستفاد من الروية ان اخراج الاولى عن الملكية يوجب لحلية بالنسبه الى الثانية .

٤) لاحظ ما رواه أبـو الصباح الكناني ، عن أبي عبدالله عليه السلام فـي
 ١) الوسائل الباب ٢٩ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ٨
 ٢ و٣) نفس المصدر الحديث : ٥ و١

حديث قال: سألته عن رجل عنده اختان مملوكتان فوطىء احدهما ثم وطىء الاخرى فقال: اذا وطىء الاخرى فقد حرمت عليه الاولى حتى تموت الاخرى قلت ارأيت ان باعها ؟ فقال: انكان انما يبيعها لحاجة ولا يخطر على باله من الاخرى شيىء فلا ارى بذلك بأساً، وان كان انما يبيعها ليرجع الى الأولى فلا (* ١). فان المستفاد من الخبر التقصيل، فلاحظ.

١) منشأ الاحتياط مارواه عبد الغفار الطائي ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل كانت عنده اختان فوطىء احداهما ثم أراد أن يطأ الاخرى قمال : يخرجها عن ملكه قلت : الى من ؟ قال : الى بعض أهله قلت : فان جهل ذلك حتى وطأها قال : حرمتا عليه كلتاهما (*٢) .

بتقريب ان المستفاد من الرواية حرمة الاولى مع الجهل بالحرمة فيقع التعارض بين هذه الرواية ورواية الحلبي .

ويمكن أن يقال ان حديث عبدالغفار لايعارض حديث الحلبى لأن المرادمن الجهالة المذكورة فيه الجهالة بالطريق المحلل لاالجهالة بحرمة الثانية فغاية ما في الباب دلالة حديث عبد الغفار على الحرمة على الاطلاق بلافرق ببن صورة العلم والجهل فتقيد بحديث الحلبى كما يمكن أن تقيد بحدث عبدالصمد بن بشيرعن أبي عبدالله عليه السلام في حديث من أحرم في قميصه الى أن قال: اى رجل ركب امراً بجهالة فلا شيىء عليه (* 7).

مضافاً الى انه يمكن أنيقال انه على فرضالتعارض يكون الترجيح معدليل الجواز لموافقته مع اطلاق الكتاب وهو قوله α والذين هم لفروجهم حافظون الاعلى أزواجهم اوماملكت ايمانهم α (α 3) وقد تقدم الاشكال في الترجيح بالكتاب

١ و٢) نفس المصدر الحديث : ٩ و٦ .

٣) الوسائل: الباب ٣٠ من ابواب ما الخلل الواقع في الصلاة الحديث: ١

٤) المؤمنون/٥ و٦

(مسألة γ): يحرم على الحر في الدائم مازاد على اربع حرائر ١١

١) نقل عليه اجماع المسلمين قاطبة بل في بعض الكلمات ادعيت عليه الضرورة ولا اشكال في انهمن الو اضحات و يمكن الاستدلال على المدعى بقوله تعالى « فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث و رباع » (* ١) فان الاية الكريمة حيث انها في مقام التحديد تدل على حرمة الخامسة .

وتدل على المدعى ايضاً جملة من النصوص: منها: ما روى في مجمع البيان) قال: قال الصادق عليه السلام لايحل لماء الرجل أن يجري في اكثر من اربعة ارحام (* ٢).

ومنها: مارواه زرارة بن اعين ومحمد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا جمع الرجل اربعاً وطلق احداهن فسلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرأة التي طلق وقال: لايجمع مائه في خمس (* ٣):

ومنها: ما رواه محمد بن احمد بن مطهرقال: كتبت الى أبى الحسن صاحب العسكر عليه السلام اني تزوجت اربع نسوة ولم اسأل عن اسمائهن ثم اني اردت طلاق احداهن و تزويج امرأة اخرى فكتب عليه السلام انظر الى علامة ان كانت بواحدة منهن فتقول: اشهد وان فلانة التى بها علامة كذا و كذا هي طالق ثم تزوج الاخرى اذا انقضت العدة (* ٤).

ومنها : ما رواه جميل بن دراج ، عن أبي عبدالله عليه السلام فيرجل تزوج خمساً في عقدة قال : يخلي سبيل ايتهن شاء ويمسك الاربع (* ٥) .

١) النساء/٣

٢) الوسائل الباب ١ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث : ٣

٣ و٤) الوسائل: البابِ ٣ و٧ من ابوابِ ما يحرم باستيفاء العدد الحديث: ١ و٣

٥) الوسائل الباب ٤ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد

كتاب النكاح -----

وفي الاماء مازاد على الامتين (أوله أن يجمع بين حرتين وامتين أو ثلاث حرائر وامة (أويحرم على العبد مازاد على أربع اماء وفي الحرائر مازاد على حرتين (أ. وله ان ينكح حرة وامتين (أ ولا يجوز

ومنها: ما رواه عقبة بن خالد ، عن أبي عبد الله عليه السلام في مجوسي أسلم وله سبع نسوة وأسلمن معه كيف يصنع ؟ قال: يمسك اربعاً ويطلق ثلاثاً (* 1)

(۱) ادعي عليه تسالم الاصحاب وعدم الخلاف ويدل على المدعى مارواه ابو بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل له امرأة نصرانية له أن يتزوح عليها يهودية ؟ فقال: ان اهل الكتاب مماليك للامام وذلك موسع منا عليكم خاصة فلابأس أن يتزوج قلت: فانه يتزوج عليهما امة قال: لايصلح له أن يتزوج ثلاث اماء الحديث (* ۲) فانه لو كان جايزاً لكان صالحاً فعدم كونه صالحاً يلازم

۲) كما هو ظاهر اذ يجوز له الأربع فيجوز الجمع بين√حرتين وامتين كما
 انه يجوز له الجمع بين امة وثلاث حرائر .

مع عدم الجواز وهذا هو المدعى .

٣) ويدل عليه مارواه محمد بن مسلم ، عن احدهما عليهما السلام قال سألته عن العبد يتزوج اربع حرائر؟ قال: لاولكن يتزوج حرتين وانشاء اربع اماء (٣٣)
 ٤) لاحظ ما ارسله الصدوق (قده) يتزوج العبد بحريتن او اربع اماء او امتين وحرة (*٤) ومقتصى الادلة الاولية هو الجواز اذ لايشمله دليل المنع مضافاً الى انه ادعى عليه الاجماع.

١) الوسائل الباب ٦ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث : ١

٢) الوسائل: الباب ٢ من ابواب ما يحرم باستيفاء العدد الحديث: ٢.

٣) الوسائل: الباب ٨ من ابواب ما يحرم باستيفاد العدد الحديث: ١

٤) الوسائل: الباب ٢٢ من ابواب نكاح العبيد والاماء الحديث: ١٠

نكاح الامة على الحرة الاباذنها (١ ولوعقد بدونه كان باطلابدون اجازتها (٦

1) اجماعاً بقسميه كما في الجواهسر وبدل على المدعى مارواه محمد بسن اسماعيل قال: سألت أبا الحسن عليه السلام هل للرجل أن يتمتع من المملوكة باذن اهلها وله امرأة حرة ؟ قال: نعم اذا رضيت الحرة ، قلت: فان اذنت الحرة يتمتع منها ، قال: نعم (* 1) .

ويدل عليه ايضاً مارواه يعقوب بن يقطين قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يتزوج الامة على الحرة متعة ؟ قال : لا (٢*) .

ويدل على المدعى ايضاً ما رواه حذيفة بن منصور قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امة على حرة لم يستأذنها ؟ قال : يفرق بينهما قلت : عليه ادب؟ قال : نعم اثنا عشر سوطاً ونصف ثمن حد الزاني وهو صاغر (* ٣).

۲) لاحظ مارواه الحلبي، عنأبي عبدالله عليه السلام قال: تزوج الحرة على
 الامة ولاتزوج الامة على الحرة ومن تزوج امة على حرة فنكاحه باطل (* ٤).

ويستفاد من حديث سماعة عن أبي عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امة على حرة فقال: ان شائت الحرة تقيم مع الامة اقامت وان شائت ذهب الى اهلها قال: قلت: فان لم ترض بذلك وذهبت الى اهلها أله عليها سبيل اذا لم ترض بالمقام؟ قال: لاسبيل عليها اذا لم ترض حين تعلم قلت: فذهابها الى اهلها طلاقها؟ قال: نعم اذا خرجت من منزله اعتدت ثلاثة اشهر او ثلاثة قروء ثم تنزوج ان شائت (*٥) ما ينافي مفاد حديث الحلبي، فان المستفاد من هذا الحديث عدم بطلان عقد الامة على الحرة غاية الامر يكون للحرة الخيار والفسخ بالنسبة الى عقد نفسها، ولكن

١ و٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب المتعة الحديث: ١ و٣

٣) الوسائل الباب ٤٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة وتحوها الحديث: ٢

٤) الوسائل الباب ٤٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث: ١

٥) الوسائل الباب ٤٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث: ٣

وأمامعها فالاظهر الصحة (١ ولوا دخل الحرة على الامة ولم تعلم فلها الخيار في عقد نفسها (١

الرواية نقلهافي الكافي بنحو آخر فيرجل تزوج امرئة حره وله امرأة امة فيتعارض النقلان .

وقال سيدنا الاستاد: يقدم ما في نسخة الكافي لأنها اضبط، هذا على تقديسر كون الرواية رواية واحدة منقولة بطريقين واما على تقديراحتمال كونهما روايتين يقع التعارض بينحديث الحلبي ورواية سماعة اذ مقتضى احديهما بطلان تزويج الامة على الحرة ومقتضى الاخرى الصحة والترجيح معما يدل على الصحة لكونها موافقة مع الاطلاق الكتابى وقدمر الاشكال في الترجيح بالكتاب.

١) لماورد في نكاح العبد بــدون اذن سيده ، بتقريب انه يستفاد مــن عموم التعليل الجواز مع اجازة من بيده الامر لاحظ مارواه زرارة (* ١) وقدمراشكال في التقريب المذكور وقلنا ان غاية ما يستفاد من الرواية ان العبد اذا عقد عقداً او أوقع ايقاعاً بدون اذن سيده يصح مع الاجازة المتأخرة .

مضافاً الى أنه صرح في حديث الحلبي بالبطلان، ومقتضى اطلاقه عدم الفرق بين لحوق الاجازة وعدمها، ومعذلك كيف يمكن الالتزام بالصحة بلحوق الاجازة، الا أن يقال ان حديث زرارة بتقريب عموم العلة حاكم على حديث الحلبى.

وبعبارة اخرى البطلان فيحديث الحلبى بلحاظ العصيان الخلقي والمفروض انه قابل للتصحيح بالاجازة اللاحقة .

۲) للحدیث سماعة (۴۴) واحدیث یحیی بن الازرق ، قال سألت أبا عبدالله علیه السلام عن رجل کانت له امرأة ولیدة فتزوج حرة ولم یعلمها بأن له امرأة ولیدة فقال ان شائت الحرة اقامت وان شائت لم تقم قلت : قداخذت المهر فتذهب به؟

١) لاحظ ص: ٦١٥

٢) لاحظ ص: ٦٢٨ -

ولوجمعهما في عقد واحد صح عقد الحرة ('وتوقف عقد الامة على ا اجازة الحرة (٢).

(مسألة ٨): يحرم العقد على ذات البعل أوالمعتدة مادامنا كذلك ولوتزوجها جاهلا بالحكم أوالموضوع بطل العقد فان دخل حينئذ حرمت ابد آوالولدله وعليه مهر المثل للمرأة مع جهلها والاحوط ان تتم عدة الاول ان كانت معتدة وتستأنف عدة الثاني والاظهر التداخل ولوعقد عالماً بالحكم والموضوع حرمت ابداً بالعقد وكذا اذا كانت المعتدة المعقود عليها عالمة بهما واما ذات البعل فلا اثر لعلمها ولافرق في العدة بين عدة الطلاق باثناً اورجعياً وعدة الوفاة وعدة وطءالشبهة ولافرق في المعتدة بهن المحتدة بالعدة مدة استبراء الامحة بين أن يكون في القبل والدبر ولا يلحق بالعدة مدة استبراء الامحة

قال: نعم بما استحل من فرجها (*١)

١) لاحظ مارواه ابو عبيدة ، عنأبي جعفر عليه السلام قسال : سئل أبوجعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة حرة و امتين مملوكتين في عقد واحد قال : أما الحرة فنكاحها جايزوانكان سمى لها مهراً فهولها، وأماالمملوكتان فان نكاحهما في عقد مع الحرة باطل يفرق بينه ويينهما (٣٤) فان مقتضى هذا الحديث صحة عقد الحرة .

۲) بدعوى استفادة حكم المقام عن مورد دخول الاسة على الحرة وجوازه

١) الوسائل الباب ٤٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث : ١
 ٢) الوسائل الباب ٨٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها

كتاب النكاح ______كتاب النكاح _____

ولابالعقد وطء الشبهة ولاالوطء بالملك ولابالتحليل والمدار على علم الزوج فلايقدح علم وليه اوركيله".

باذنها ولكن الانصاف ان الجزم بالجواز مشكلومقتضى اطلاق حديث أبي عبيدة هو البطلان بل لنا ان نقول بأن مقتضى الرواية عدم الجواز حتى مع اذن الحرة وحمل اطلاق الرواية على كون الغالب عدم الاذن لادليل عليه فلا وجه للحمل المذكور.

١) في هذه المسئلة فروع: الفرع الاول: انه لو تزوج بذات بعل مع الجعل بالحكم أو الموضوع ودخل بها يكون العقد باطلا و تحرم على الواطي ابدا والنصوص الواردة في المقام مختلفة .

منها: مارواه اديم بن الحرقال: قال أبوعبد الله عليه السلام: التي يتزوج ولها زوج يفرق بينهما ثم لايتعاودان ابدأ (* ١) ومقتضى هذه السرواية ان مجرد العقد على ذات بعل يوجب الحرمة الابدية .

ومنها: مارواه عبد الرحمن بن الحجاج، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ولها زوج وهو لا يعلم فطلقها الأول اومات عنها ثم علم الاخير أير اجعها ؟ قال: لاحتى تنقضى عدتها (*٢) والمستفاد من هذه الرواية ان العقد على ذات البعل مع الجهل بكونها ذات بعل لا يوجب الحرمة بل يجوز التزويج معها بعد انقضاء عدتها اعم من تحقق الدخول بها وعدمه.

ومنها: مارواه زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام في امرأة فقد زوجها اونعى الميها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها قال تعتد منهما جميعاً ثلاثة اشهرعدة واحدة وليس للاخرأن يتزوجها ابداً (٣٣) فان المستفاد من هذه الرواية انه لو تزوج بذات بعل مع الجهل و دخل بها تحرم عليه مؤبداً . والدليل على تحقق الدخول

١ و٢ و٣) الوسائل الباب ١٦ مـن ابواب ما يحرم بالمصاهرة وتحوهـا الحديث :
 ١ و٣ و٢

قوله عليه السلام تعتد منهما جميعاً ــ اذ لاعدة مـع عدم الدخول .

ومنها : ما رواه زرارة (ايضاً) عن أبي جعفر عليه السلام قال : اذا نعى الرجل الى الله او اخبروها انه قد طلقها فاعتدت ثم تزوجت فجاء زوجها الاول فان الاول احق بها من هذا الاخير دخل بها الاول أو لم يدخل بها وليس للاخر أن يتزوجها ابداً ولها المهر بما استحل من فرجها (* ١) وهذه الرواية كالسرواية السابقة في المفاد .

والدليل على الدخول في هذه الرواية قول عليه السلام ولها المهربما استحل من فرجها» وحيث ان الظاهر بحسب الفهم العرفي فرض الجهل في دوايتي ذرارة تكونان بالنسبة الى حديث عبد الرحمن بن الحجاج نسبة الخاص الى العام ، اذ مقتضى اطلاق حديث عبد الرحمن عدم الفرق بين الدخول وعدمه ، لكن فرض الجهل بالموضوع في الرواية فحديث عبد الرحمن يخصص بحديثي ذرارة كما ان عموم حديث اديم بن الحريخصص بهذه النصوص .

فالنتيجة ان الحرمة الأبدية في صورة الجهل بالموضوع والدخول ، لكنهذا التقريب انما يتم على فرض تمامية حديث عبدالرحمن بن الحجاج سنداً وأما لو لم يتم لأجل كون محمد بن عيسى في السند واحتمال المراد منه اليونسي فيشكل ولايتم التقريب اذ على هذا التقدير لادليل على الجواز مع عدم الدخول ، فان مقتضى حديث اديم بن الحر الحرمة على الأطلاق ومقتضى حديثي زرارة الحرمة في صورة الجهل بالموضوع والدخول ومن الظاهر انه لاتنافي بين المثبتين .

وبعبارة اخرى : لامفهوم لحديثي زرارة بل المستفاد منهما ثبوت الحرمة في صورة خاصة وأما نفي الحرمة عن غيرها فلايستفاد منهما والحال ان المستفاد مـن

١) نفس المصدر الحديث: ٦

حديث اديم الحرمة على الاطلاق.

بقى شيىء: وهوان الماتن عمم الجهل حيث قال جاهلابالحكم او الموضوع والحال ان المستفاد من النصوصان الموضوع الذي رتب عليه الحكم هو الجهل بالموضوع فعليه الجهل بالحكم لاأثر له واذا لم يكن جهل بالموضوع تترتب الحرمة .

وفى المقام رواية لعبد الرحمن قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عنرجل تزوج امرأة ثم استبان له بعدما دخل بها ان لها زوجا غايباً فتركها ثم ان الزوج قدم فطلقها أو مات عنها أيتزوجها بعد هذا الذي كان تزوجها ولسم يعلم ان لها زوجاً ؟ قال: ما احب له أن يتزوجها حتى تنكح زوجاً غيره (*۱) ، يتوهم منها المعارضة بدعوى ان المستفاد منها عدم تحقق الحرمة الابدية حتى مع فرض الدخول حيث فرض الدخول في الرواية في قول الراوي بعد ما دخل بها ، وصاحب الوسائل احتمل أن يكون المراد بالدخول الخلوة معها ولكن الاحتمال المذكور خلاف الظاهر والمنشأ لتوهم المعارضة أمران:

احدهما: قوله: «ما احب له أن يتزوجها » بدعوى ان هذه الكلمة تدل على الكراهة لاالحرمة ، وبعبارة اخرى ليست بنحو يعارض دليل الحرمة .

ثانيهما: قوله عليه السلام: حتى تنكح زوجاً غيره بتقريب ان المستفاد من هذه الجملة جواز التزويج معها بعد ذلك نظير جواز التزويج للمطلق ثلاثاً بعد أن تنكح زوجاً آخر وانفصا لها منه .

وفيه: انه لايمكن الالتزام به جزماً اذ بعد فرض نكاحها زوجاً آخر وفرض

١) نفس المصدر الجديث: ٤

كونها ذات بعل كيف يمكن الالتزام بجواز التزويج معها فالجار كلمة (حتى) لايكون للتحديد بليكون للغايةاي لايزاحمها ويفتح الطريق لها كى تنكح زوجاً آخر باختيارها .

وبعبارة اخرى: لابجعلها معطلة بل يرفع عنها يده كى تنزوج زوجاً حلالا.
ولكن الانصاف: ان هذا التقريب خلاف الظاهر العرفي وهذا العرف ببابك
الفرع الثاني: انه لوتزوج بامر ثة ذات عدة جاهلا اما بالحكم أو بالموضوع
ودخل بها تحرم عليه مؤبداً.

ويمكن الاستدلال على المدعى بما رواه الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: اذا تزوج الرجل المرأة في عدتها ودخل بهالم تحل له ابداً عالماً كان أوجاهلا وان لم يدخل حلت للجاهل ولم تحل للاخر (*١) فان المستفاد من هذه الرواية ان الدخول ولو مع الجهل بالموضوع أو الحكم أو كليهما يوجب الحرمة الابدية فلا مجال لأن يقال ان المستفاد من بعض النصوص ان الجهل مانع عن الحرمة الابدية ولو مع الدخول.

لاحظ ما رواه اسحاق بن عمار ، قال : سألت أبا ابراهيم عليه السلام عن الامة يموت سيدها قال : تعتد عدة المتوفى عنها زوجها قلت : فان رجلا تزوجها قبل أن تنقضي عدتها قال فقال : يفارقها ثم يتزوجها نكاحاً جديداً بعد انقضاء عدتها قلت : فأين ما بلغنا عن ابيك في الرجل اذا تزوج المرأة في عدتها لم تحل له ابداً ؟ قال : هذا جاهل (* ٢) فان المستفاد من هذا الخبر ان الجهل مانع عن الحرمة الابدية بلا فرق بين الدخول وعدمه .

ولاحظ ما رواه اسحاق بن عمار أيضاً، قال : قلت لابي ابراهيم عليه السلام بلغناعن ابيك ان الرجل اذا تزوج المرأة في عدتها لم تحل له ابداً فقال : هذااذا

١ و٢) الوسائل الباب ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث: ٣ و٥

كان عالماً فاذا كان جاهلا فارقها ويعتدثم يتزوجها نكاحاً جديداً (*1) فان المستفاد منه كالمستفاد من سابقه ولكن يتيد ان بحديث الحلبي وتكون النتيجة ان الدخول يوجب الحرمة ولو مع الجهلكما انه لامجال للأخذ بما يدل على أن الميزان بالدخول على الاطلاق بلا فرق بين العلم والجهل لاحظ ما رواه سليمان بن خالد قال: سألته عن رجل تزوج امرأة في عدتها قال: فقال: يفرق بينهما وانكان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ويفرق بينهما فلا تحل له ابداً وان لم يكن دخل بها فلا شيى و لها من مهرها (* ٢).

فان المستفاد من هـذا الحديث ان الموضوع للحرمة الأبدية الدحول بلافرق بين الجهل والعلم ولكن حديث الحلبي يقيدكلا الحديثين .

الفرع الثالث: ان الولد له قال في الجواهر: «يثبت النسب مسع الشبهة اجماعاً بقسميه الخ(٣٣) مضافاً الى أن القاعدة الأولية تقتضي ذلك فان ولدالمنعقد من ماء شخص يكون منسوباً اليه وبعبارة اخرى: يصدق عليه انه ولده عرفاً ولغة وانما المنفي بحسب التعبد ولد الزنا ويدل على المدعى مرسل جميل، عن احدهما عليهما السلام في المرأة تزوج في عدتها قال: يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منهما جميعاً وان جائت بولد لستة اشهر او اكثر فهو للأخير وان جائت بولدلاقل من سئة اشهر فهو للأول (* ٤).

الفرع الرابع: ان على الواطيء مهر المثل مع جهل المرثة وفي المقام قولان: احدهما: ان لها المهر المسمى ، ثانيهما ان لها المهر المثل ويدل على القول الثاني

١) نفس المصدر الحديث: ١٠

۲) نفس المصدر الحديث: ٧

٣) ج - ٢٩ ص ١٤٤

٤) الوسائل الباب ١٧ منابواب ما يخرم بالمصاهرة وتحوها الحديث : ١٤

النصوص الدالة على ان لها المهر بما استحل من فرجها لاحظ حديثي سليمان بن خالد (* ١) وأبي بصير ، عن أبي عبد الله عليه السلام انه قال في رجل نكح امرأة وهي في عدتها قال : يفرق بينهما ثم تقضي عدتها فان كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ويفرق بينهما وانلم يكن دخل بها فلاشيىء لها الحديث (*٢).

ولاحظ حديث زرارة (* *) فان الظاهر من قوله عليه السلام = * لها المهر بما استحل من فرجها * بالاضافة الى أن العقد الفاسد لا يقتضي استحقاق المهران المراد من المهر في هذه النصوص المهر المثل لا المسمى .

وبعبارة اخرى: لايكون المراد في هذه النصوص من المهر المسمى لعدم المقتضي ولاجنس المهر والاكان يكفي ما يصدق عليه المهر فيكون المراد منه المهر المثل الثابث في امثال المقام.

ويمكن الاستدلال على القول الاول بما رواه عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة المطلقة قبل أن تنقضي عدتها قال: يفرق بينهما ولا تحل له ابداً ويكون لها صداقها بما استحل من فرجها اونصفه ان لم يكن دخل بها (* ٤) فان هذه الرواية تدل على أن لها نصف المهر المسمى مع عدم الدخول و تمامه مع الدخول لكن لاوجه لحمل الصداق في هذه الرواية على المهر المسمى اذ المذكور في الرواية قوله عليه السلام « لها صداقها بما استحل من فرجها » فيكون المراد من الصداق مهر المثل كما يكون كذلك في بقية الروايات وعلى قدر تسليم ظهور الروايه في المهر المسمى يعارضها حديثا سليمان بن خالد (* ٥)

١) لاحظ ص: ٦٣٥

٢) الوسائل الباب ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة الحديث : ٨

٣) لاحظ ص: ٦٣٢

٤) الوسائل الباب ١٧ من أبواب ما يحرم يالمصاهرة ونحوهاالحديث: ٢١

٥) لاحظ ص: ٦٣٥

وأبي بصير قال: سالته عن رجل يتزوج امرأة في عدتها ويعطيها المهر ثم يفرق بينهما قبل أن يدخل بها قال: يرجع عليها بما أعطاها (* ١).

فان قلنا بأن حديث عبدالله بن سنان لعدم العمل به وهجره مطروح فهو كما انه لو قلنا بظهورها في المهر في المثل أو قلنا باجماله فلا تعارض و الافتصل النوبة الى اعمال قانون التعارض فان مقتضى التعارض التساقط و الرجوع الى الاصل ومقتضاه عدم شيىء على الواطي فمع عدم الدخول لامهر عليه وحيث ان الترجيح مع الأحدث والمفروض انه لا يميز فيدخل المقام في كبرى اشتباه الحجة بغيرها فلا بد من العمل على طبق القواعد فنقول: ان الامر دائراً بين الاقل و الاكثر و لابد من الاخذ بالاقل و اجراء الاصل في الاكثر و ان كان دائراً بين المتباينين فالمرجع القرعة هذا من يختلج بالبال في هذه العجالة فلاحظ.

الفرع الخامس: انها تعتد منهما عدة واحدة بنحوالنداخل و الاحوط عدم التداخل والكلام فيهذا الموضع يقع في مقامين: المقام الاول في مقتضى القاعدة الاولية والمقام الثاني فيما هو المستفاد من النصوص:

أما المقام الاول: فالقاعدة تقتضي التداخل فانالمستفاد من دليل العدة اناول زمانه زمان تحقق السبب نعم في حصول عدة الوفاة قد دل الدليل على أن اول زمانه زمان وصول خبر الوفاة فاذا اجتمع السببان يكون التداخل لازماً وخلافه يحتاج الى الدليل اذ الزمان الواحد غيرصالح لا جتماع العدتين بنحو الاستقلال وان شئت قلت: ان تأخير احد هما عن الاخر بلاوجه وهذا لاينا في ما بني عليه في الاصول من عدم التداخل فان عدم التداخل هناك قابل مثلا اذا وجدت أسباب عديدة للغسل يجب التعدد الامع قيام دليل على التداخل ولامحذور في عدم التداخل فان تحقق الأغسال المديدة ممكن بخلاف المقام حيث ان الزمان الواحد لايصلح فان تحقق الأغسال المديدة ممكن بخلاف المقام حيث ان الزمان الواحد لايصلح

١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها الحديث: ١٣

لعدتين مستقلتين هذا بحسب مقتضى القاعدة الأولية .

وأما المقام الثاني: فالمستفاد من بعض النصوص التداخل على الاطلاق لاحظ ما رواه زرارة ، عن أبيجعفر عليه السلام في امرأة تزوجت قبل أن تنقضي عدتها قال : يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منهما جميعا (* ١).

وايضاً لاحظ ما رواه ابوالعباس، عن أبى عبدالله عليهالسلام في المرأة تزوج في عدتها قال : يفرق بينهما وتعتد عدة واحدة منهما جميعاً (﴿ ٢).

والمستفاد من بعضها الاخرعدم التداخل لاحظ حديث محمد بن مسلم ، عن عن أبيجعفر عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها قال: ان كان دخل بها فرق بينهما ولم تحلله ابدأ واتمت عدتها من الاول وعدة اخرى من الاخر ، وان لم يكن دخل بها فرق بينهما واتمت عدتها من الاول وكان خاطباً من الخطاب (٣ %) .

ولاحظ حديث على بن بشير النبال قال: سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة في عدتها ولم يعلم وكانت هي قد علمت انه قدبقي من عدتها و انه قدفها بعد علمه بذلك فقال: ان كانت علمت ان الذي صنعت يحرم عليها فقدمت على ذلك فان عليها الحد حد الزاني ولاأرى على زوجها حين قذفها شيئاً، و ان فعلت ذلك بجهالة منها ثم قذفها بالزناضرب قاذفها الحدوفرق بينهما وتعتدما بقي من عدتها الاولى وتعتد بعد ذلك عدة كاملة (* 3).

وفي المقام طائفة ثالثة تدل على أن التزويج بذات عدة من الوفاة مع الدخول يوجب العدة المستقلة وعدم تداخلها مع الاولى .

لاحظما رواه محمدابن مسلم، عن أبى جعفر عليه السلام قال: المرأة الحبلى يتوفى عنها زوجها فتضع وتزوج قبل أن تعتد اربعـة اشهر وعشراً فقال: ان كان

١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة وتحوها الحديث : ١١
 ٢ و ٣ و ٤) نفس المصدر الحديث : ١٢ و ٩ و١٨

الذي تزوجها دخل بها فرق بينهما ولم تحل له ابدأ واعتدت بما بقى عليها من عدة الأول واستقبلت عدة اخرى من الاخر ثلاثة قروه ، وان لم يكسن دخل بها فرق بينهما واتمت مابقي من عدتها وهو خاطب من الخطاب (*١) .

وما رواه الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن المرأة الحبلى يموت زوجها فتضع و تزوج قبل أن تمضي لها اربعة اشهر وعشراً فقال: ان كان دخل بها فرق بينهما ولم تحل له ابداً واعتدت ما بقي عليها من الاول واستقبلت عدة اخرى من الاخر ثلاثة قروء وان لم يكن دخل بها فرق بينهما واعتدت بما بقي عليها من الاول وهو خاطب من الخطاب (* ٢).

فعلى مسلك انقلاب النسبة يقيد ما يدل على التداخل على الاطلاق بالطائفة الثالثة وبعد التقييد تصير نسبتها الى ما يدل على عدم التداخل نسبة الخاص الى العام بعد ماكانت النسبة بينهما التباين، فتصير النتيجة بعدالانقلاب والتقييد التفضيل بين عدة الوفاة وغيرها بعدم التداخل في الاولى والتداخل في الثانية ، وعلى فرض عدم القول بالانقلاب يقع التعارض بين الطائفة الاولى والثانية ولامرجح لاحد الطرفين من الكتاب ، وايضاً لامرجح بلحاظ مخالفة القوم اذ يظهر من خلاف الشيخ (قده) (٣٣) ان اقوال العامة في المقام مختلفة فتصل النوبة الى المرجح الثالث وهي الأحدثية وحيث انها مجهولة فتصل النوبة الى الاصل العملي ومقتضاه عدم وجوب الزائد على الواطيء ومقتضى القاعدة الاولية هو التداخل كما تقدم ولااشكال في الوائد على الواطيء ومقتضى القاعدة الاولية هو التداخل كما تقدم ولااشكال في أن الاحوط عدم التداخل كما في المتن .

الفرع السادس : انه لوكان عالماً بـالحكم والموضوع ومع ذلك عقد عليها

١ و٢) نفس المصدر الحديث : ٢ و٦

٣) ج ٢ ص: ٣١١ _ السئلة ٣١

تحرم عليه مؤيداً، فانه يمكن الاستدلال على المدعى بالنسبة الى ذات البعل بحديث اديم بن الحر (* ١) فان مقتضى هذه الراوية ان التزويج بذات البعل يوجب الحرمة الابدية وفي صورة العلم بالموضوع والحكم لامعارض للرواية

واما بالنسبة الى ذات العدة فيدل على المدعى ما روي عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث انه قال: والذي يتزوج المرأة في عدتها وهو يعلم لا تحل له ابداً (* ٢)

بتقريب ان العلم بالموضوع لاينفك عن العلم بالحكم اذكيف يمكن العلم بكون المرثه ذات عدة والجهل بالحرمة فان العدة معناها عد ايام معينة وعدم جواز التزويج فيها .

مضافاً الى أنه يكفي لائبات المدعى ما رواه عبدالرحمن بن الحجاج ، عن أبي ابراهيم عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوج المراة في عدتها بجهالة أهي ممن لاتحل له ابدأ ؟ فقال: لااما اذا كان بجهالة فليزوجها بعد ما تنقضي عدتها وقد يعذر الناس في الجهالة بما هو اعظم من ذلك فقلت: بأي الجهالتين يعذر بجهالته ان ذلك محرم عليه ؟ أم بجهالته انها في عدة ؟ فقال: احدى الجهالتين أهون من الاخر الجهالة بأن الله حرم ذلك عليه وذلك بأنه لايقدر على الاحتياط معها فقلت: وهو في الاخرى معذور ؟ قال: نعم اذا انقضت عدتها فهو معذور في أن يتزوجها فقلت: فان كان احدهما متعمداً والاخريجهل فقال: الذي تعمد لا يحل أن يتزوجها فقلت عن الحرمة الابدية .

١) لاحظ ص: ٦٣١

٢) الوسائل الباب ١٧ من ابواب ما يحرم بالمصاهرة وتحوها الحديث : ١

٣) نفس المصدر الحديث: ٤

كتاب النكاح ----

الفرع السابع: انه لو كانت المعتدة المعقودة عليهاعالمة بالحكم والموضوع تحرم على العاقد، لاحظ ما روى عن أبي ابراهيم عليه السلام (*١) فان مقتضى هذه الرواية اشتراك العاقد ، والمعقود عليها في هذا الحكم .

الفرع الثامن : انه لا اثر لعلم ذات البعل وذلك لعدم الدليل عليه والقاعـــدة الاولية تقتضي عدم الحرمة ، فلاحظ .

الفرع التاسع: انه لافرق في هذا الحكم في المعتدة بين أقسام العدة من كونها رجعية أو بائنة أو من وفاة فان عدم جواز العقد على المعتدة وبطلانه من الواضحات ويدل عليه الكتاب والسنة ، مضافاً الى اجماع المسلمين ، وأما ترتب الحرمة الابدية بشرائطها فلا طلاق الدليل فان الموضوع المأخوذ في لسان الروايات هي المعتدة كما ان مقتضى اطلاقها عدم الفرق بين كون المرثة المعتدة حرة اوامة .

الفرع العاشر: انه لأفرق في الدخول بين أن يكون في القبل والدبراستدل عليه باطلاق الدخول الوارد في النصوص وبحديث حفصبن سوقة ، عمن أخبره قال : سألت أبا عبدالله عن الرجل يأتى اهله من خلفها ، قال : هو احد المأتيين فيه الغسل (* ٢).

ويرد على الاول ، ان دعوى الانصراف الى الدخــول المتعارف الخارجــي لاتكون جزافية وعلى الثاني ، بأنها مرسلة ولااعتبار بها ، والاحتياط طريق النجاة

الفرع الحاديعشر: انه لاتلحق بالعدة ايام استبراء الامة لعدم الدليل فان العدة لها أحكام خاصة لاتترتب على مدة الاستبراء ولذا يجوز الاستمتاع بها والمحرم خصوص الوطىء والحال انه لايجوز العقد على المعتدة والاحكام الشرعية تعبدية

١) عين المصدر

٢) الوسائل: الباب ١٢ من أبواب الجنابة الحديث: ١

(مسألة ٩): لايصح العقد على المرأة في المدة التي تكون بين وفاة زوجها وعلمها بوفاته (١.

وهل يهجري عليها حكم العدة قبل لافلوعقد على امرأة في تلك المدة لم تحرم عليه وان كان عالماً ودخل بها فله تجديد العقد يمد العلم بااوفاة وانقضاء العدة بعده ولكنه محل اشكال جداً والاحتياط لا يترك (٣

الفرع الثاني عشر انه لاتلحق بالعقد الوطيء بالشبهة ولاالوطيء بالملك ولا بالتحليل وذلك لأن الحكم تابع لموضوعه والحكم فيلسان الرويات مترتبعلى العقد فلاوجه للتسريته الى غير مورده .

الفرع الثالث عشر: ان المدار علم الزوج وأما علم الولي أو الوكيل فـلا يوجب الحرمة اذ المأخوذ في الدليل علم الزوج فلا وجه لتسرية الحرمة الىغير ذلك المورد فلاحظ.

۱) بلااشكال ولاخلاف فيه ظاهراً اذ المستفاد من الكتاب والسنة والاجماع
 ان المرئة التي يموت عنها زوجها لايجوز تزويجها الابعد تمامية عدتها فلايجوز
 العقد عليها في المدة الفاصلة بين وفاة زوجها ووصول موتها اليها

٢) في المقام قولان كما يظهر من المتن ، ذهب الماتن الى أن حكمها حكم زمان العدة لوجهين : احدهما : ان المستفاد من الدليل وجوب التربص من حين الوفاة ، غاية الأمر بعد المدة المقررة من حين بلوغها بنبأ وفاة زوجها فيحرم عليها النزويج من حين الوفاة ووجوب العدة عليها من ذلك الحين .

وفيه: انه لااشكال في حرمة التزويج وبطلانه كما انه لااشكال في عدم وقوع التزويج خسلال العدة اذ المفروض ان مبدأ عدتها من حين البلوغ والمفروض عدمه فلا يترتب عليه ذلك الحكم المترتب على ذلك الموضوع المغاير للمقام.

ثانيهما: ان الموضوع المأخوذ في حديث اسحاق بن عمار (* ١) عنوان عدم انقضاء عدتها ، ومن الظاهران عنوان عدم انقضاء العدة يصدق على تلك المدة المقررة فيترتب عليه الحكم .

وفيه: انالمستفاد من الخبران المفروض وقوع الزواج اثناء العدة، والظاهر من قول السائل انه فرض وقوع التزويج اثناء العدة ، بل ذيل الحديث صريح فيه حيث يسئل عن التزويج في العدة ، والمفروض ان مبدأ العدة من حين البلوغ فمقتضى الصناعة هو القول الاخر ومقتضى الاحتياط ما أفاده في المتن .

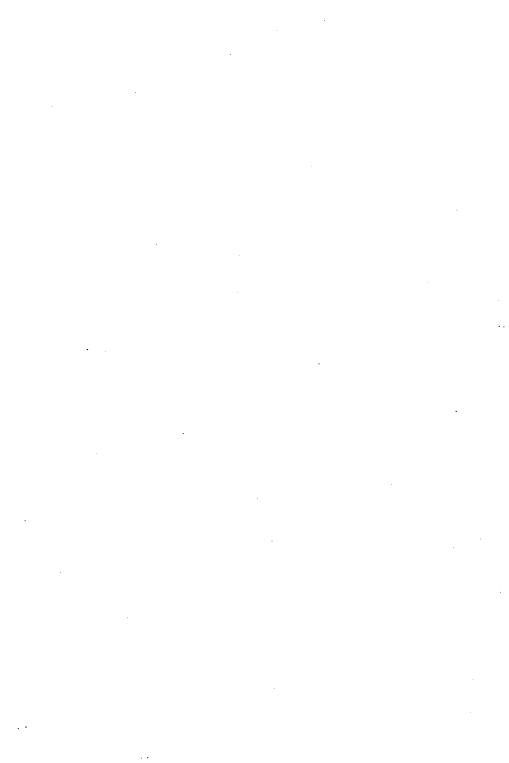
١) لاحظ ص: ٦٣٤

استدراك

ذكرنا في الجزء الأول في ص ١٩٩ ونصف الدائره شبران والصحيح ان يقال ونصف القطر شبر ونصف

* * *

ذكرنا فى الجزء الاول في ص ٢٠٠ فالنتيجه بلوغ المجموع (٢٧) شبراً والحال انه ليسالامر كذلك بل النتيجه اقل والذي يهون الخطب ان السند ضعيف فلايتزتب على الرواية اثر





فهرس الكتاب

77	المراد من الدرهم
	إذا لم يمكن التعريف
	تجب المبادرة إلى التعريف
	لا تجب المباشرة في التعريف
79	إذا عرفها سنة كاملة
	إذا كانت اللقطة مما لا تبقى
٧٠	كالخضر
	إذا ضاعت اللقطة من الملتقط
	بماذا يتحقق التتابع في التعريف
	وجوب التعريف في موضع
٧٦	وجـوب التعـريـف فـي مـوضـع الإلتقاط
٧٧	إذا التقط في الغربة والسفر
	اللازم في عبارة التعريف
	إذا وجد مقداراً من الدراهم وأمكن
٧٨	معرفة صاحبها
٧٨	إذا التقط الصبي أو المجنون
	إذا تملك الملتقط اللقطة
	اللقطة امانة
	المشهور جواز دفع اللقطة إلى
۸٠	الحاكم

كتاب اللقطة
اقسام الضايع
لقيط دار الإسلام محكوم بالحرية ٣
لقيط دار الكفر حر مع بعض
لقيط دار الكفر حر مع بعض الشروط
جواز استرقاق لقيط دار الكفر مع
شرطه٧
اخذ اللقيط واجب على الكفاية ٩
ما كان في يد اللقيط ملكه
شرائط التقاط الصبي
اللقيط ان وجد متبرع بنفقته
يكره اخذ الضالةيكره
إذا وجد حيوان في غير العمران ١٧
إذا ترك الحيوان صاحبه في الطريق. ٤٦
إذا وجد حيوان في العمران
إذا دخلت دجاجة في دار الإنسان ٤٩
إذا احتاجت الضالة إلى النفقة • ٥
نفسير اللقطة بالمعنى الأخص 88
یر لو انکسرت سفینة واخرج متاعها ٥٧
حكم اللقطة بالمعنى الأخص٨٥
المدار في القيمة على ١٥٠٠

الحريم لا تكون ملكا ١٤٧
الحريم لا تكون ملكا
يجـوز لكل مالك التصرف في
يجوز لكل مالك التصرف في ملكه
مــن سبــق إلـى الأرض ذات
اشـجار
استحباب رعاية الجار
لوتد اعيا جداراً لا يد لأحدهما
عليه
إذا اختلف مالك العلو والسفل ٥٥١
ما يجوز للجار
ما يعتبر في تملك الموات107
التحجير يقيد الحق التحجير يقيد الحق
ما يعتبر في التحجير
إذا انمحت آثار التحجير ١٥٩
اللازم على المحجر
لا يعتبر في التملك بالأحياء فصد
التملك
لا بد في صدق الاحياء صدق احد
العناوين العامرة ١٦١
الاعراض عن الملك هل يوجب
زوال الملك
زوال الملكنالم الملك المستركات
الطريق على قسمين
لــو احدث جناحاً على الشارع
لـو احدث جناحاً على الشارع العام

إذا شهدت البينة بأن مالك اللقطة
فلان۱۸
فلان قلان
إذا ادعى اللقطة مدع وعلم صدقه ٨٣
إذا عرف المالك وقد حصل للقطة
نماء الماء ا
نماء المالك ولكن لم يمكن لو عرف المالك ولكن لم يمكن
إيصالها إليه
إذا مات الملتقط٥٨
إذا وجد مالا في صندوقه
إذا تبدلت عباءة الإنسان بعباءة
غيره
غيره غيره
يجوز لمالك العين المغصوبة
انتزاعها من الغاصب
المراد من موات الأرض
الموات على نوعين
يجوز لكل احداحياء الموات ١٢٧
الموات بالعارض على اقسام ١٣٠
الاراضي المنسوبة إلى طوائف
العرب والعجم
حريم البئر
حريم البئر
يجموز احيماء المموات التي في
يجوز احياء الموات التي في اطراف قنواتا
إذا لـم تكن الموات من حريم
العامرالعامر

الماء الجاري في النهر المشترك
كبقية الأموال المشتركة
القسمة بحسب الأجزاء لازمة ١٨٣
إذا اجتمع جماعة على ماء مباح ١٨٤
تنقية النهر المشترك على الجميع . ١٨٦
كيف يحبس النهر
المعادن على نوعين
إذا شرع في احياء معدن
كيف تملك المعادنكيف تملك المعادن
لو قال المالك اعمل ولك نصف
الخارجالخارج
كراهة الدين مع القدرة
كل ما ينضبط يصح قرضه ١٩٧
لا يجب في الاداء اعادة العين ١٩٨
لا يتأجل الدين الحال إلاّ بالشرط. ١٩٩
لو غاب الدائن وانقطع خبره ١٩٩
لـو اقتسـم الشريكان الدين لم
يصح
يصح بيع الدين بالحاضر
يجوز للمسلم قبض دينه من الذمي
من ثمن الخمر
لا بـد في الرهـن من الإيجـاب
والقبولوالقبول
الحجر واسبابه
الضمان على مذهب الامامية ٢٤٧
يعتبسر فسي الضمان الإيجاب
والقبول

الطريق الذي لا يسلك منه إلى
طريق آخر
الطريق الذي لا يسلك منه إلى طريق آخر
يجوز لأصحاب الدربية الجلوس
يجوز لأصحاب الدربية الجلوس فيها
يجوز لكل احد الانتفاع من
الشوارع العام ١٦٨
ويها
الطريق١٦٨
بماذا يتحقق الشارع العام
لو كان الشارع العام واقعاً بين
الأملاك١٧١
إذا انقطعت المارة عن الطريق ١٧٤
إذا زاد غرض الطريق١٧٤
يجـوز لكـل احـد التعبـد فـي المسجدهل يكفي وضع الرحل
المسجدا
هل يكفي وضع الرحل
المشاهد المشرفة كالمساجد ١٧٧
جواز السكنى في المدارس تابع للقصدالواقفللقصدالواقف
لا يبطل حق السكني بالخروج ١٧٨
لا يجوز للساكن منع الغير ١٧٩
لا يجوز للساكن منع الغير ١٧٩ الربط كالمدارس ١٧٩
ميـــاه الشطـــوط والأنهـــار مـــن
مياه الشطــوط والأنهــار مــن المشتركات
إذا شق نهراً يملك ما دخله من
الماءالماء

إذا قال شخص لآخر ألق متاعك في البحر وعلى ضمانه	المشتري في الأرض المشتراة ٢٦٣
إذا اختلف الدائن والمدين في اصل الضمان	
إذا اختلف الدائن والمدين في اصل الضمان	في البحر وعلى ضمانه ٢٦٣
اذا انكر الضامن الضمان	إذا اختلف الدائن والمدين في اصل
اذا انكر الضامن الضمان	الضمان
اذا انكر الضامن الضمان	إذا اختلف الضامن والمضمون له
اذا انكر الضامن الضمان	في اصل الضمان
اذا انكر الضامن الضمان	إذا اختلف الضامن والمضمون في
إذا ادعى الضامن الوفاء	الأذن
إذا ادعى الضامن الوفاء	إذا انكر الضامن الضمان ٢٦٤
ما يعتبر في الحوالة	
شرائط المحيل والمحال والمحال عليه عليه الحوالة أن يكون الدين يعتبر في الحوالة أن يكون الدين ثابتاً في ذمة المحيل المحال يعتبر في الحوالة أن يكون المحال به معيناً وصحة الحوالة تعيين يكفي في صحة الحوالة تعيين الدين واقعاً المحال أن لا يقبل الحوالة السريء للمحال أن لا يقبل الحوالة البريء مطالبة المال قبل الاداء المحال به بين المال العين والمنفعة المحال به بين المعال العين والمنفعة المحال به بين المعال المحال به بين المعال المحال به بين المعين والمنفعة المحال ال	ما المراد من الحوالة ٢٦٥
عليه	ما يعتبر في الحوالةما
عليه	شرائط المحيل والمحال والمحال
يعتبر في الحوالة أن يكون الدين ثابتاً في ذمة المحيل	عليهعليه
ثابتاً في ذمة المحيل	وحتى في الحمالة أن يكون الدود
للمحال ان لا يقبل الحوالة ٢٦٩ لا يجوز للمحال عليه البريء مطالبة المال قبل الاداء ٢٦٩ لا فرق في المال المحال به بين العين والمنفعة	ثابتاً في ذمة المحيل
للمحال ان لا يقبل الحوالة ٢٦٩ لا يجوز للمحال عليه البريء مطالبة المال قبل الاداء ٢٦٩ لا فرق في المال المحال به بين العين والمنفعة	يعتبر في الحوالة أن يكون المحال
للمحال ان لا يقبل الحوالة ٢٦٩ لا يجوز للمحال عليه البريء مطالبة المال قبل الاداء ٢٦٩ لا فرق في المال المحال به بين العين والمنفعة	به معيناً
للمحال ان لا يقبل الحوالة ٢٦٩ لا يجوز للمحال عليه البريء مطالبة المال قبل الاداء ٢٦٩ لا فرق في المال المحال به بين العين والمنفعة	يكفي في صحة الحوالة تعيين
للمحال ان لا يقبل الحوالة ٢٦٩ لا يجوز للمحال عليه البريء مطالبة المال قبل الاداء ٢٦٩ لا فرق في المال المحال به بين العين والمنفعة	الدين واقعاً ٢٦٨
لا يجوز للمحال عليه البريء مطالبة المال قبل الاداءللا المحال به بين لا فرق في المال المحال به بين العين والمنفعة	للمحال أن لا يقبل الحوالة ٢٦٩
لا فرق في المال المحال به بين العين والمنفعة	
لا فرق في المال المحال به بين العين والمنفعة	مطالبة المال قبل الاداء ٢٦٩
العين والمنفعة ٢٧٠	
الحوالة عقد لازم	
	الحوالة عقد لازما

هل يعتبر التنجيز ٢٤٨
تشترط في الضامن والمضمون له
شرائط العامة
إذا دفع الضامن ما ضمنه إلى
المضمون له
إذا ابرأ المضمون له ذمة الضامن ٢٥٤
عقد الضمان لازم
يشكل ثبوت الخيار فيه
إذا كان الدين حالا وضمنه مؤجلا
وضمنه اقل من أجله
إذا احتسب المضمون له ما على
ذمة الضمان خمساً
يجوز الضمان بشرط الرهانة ٢٥٨
إذا كان على دين ثابت رهن ٢٥٨
إذا ضمن شخصان مشلاعن
واحد
إذا كان مديوناً لشخصين صح
ضمان شخص لهما
إذا كان المديون فقيراً لم يصح ان
يضمن شخص عنه بالوفاء من الخمسالخمس عنه بالوفاء من
الخمسا
إذا كان الدين الثابت خمساً ٢٦١
إذا ضمن شخص في مرض موته ٢٦١
يصح أن يضمن شخص للمرأة
نفقاتها الماضية
يصح ضمان الأعيان الخارجية ٢٦٢
يشكل صحة ضمان ما يحدثه

يجوز للمتداعيين أن يتصالحا ٢٨٥
لو قال المدعي عليه للمدعي صالحني
صالحني
ما يعتبر في المتصالحين٢٨٦
يتحقق الصلح بكل ما يدل عليه ٢٨٧
لو تصالح شخص مع الراعي ۲۸۸
لا يحتاج اسقاط الحق إلى القبول. ٢٨٨
لو علم المديون بمقدار الدين ٢٨٨
عدم جواز المصالحة على مبادلة
مالين إذا كانت مستلزمة للربا ٢٨٨
لا بأس بالمصالحة على مبادلة
دينين إذا لم تستلزم الربا ٢٨٩
انفساخ الصلح بالتراضي ٢٩٠
لا يجــري فيــه خيــار الحيــوان
والمجلس والتأخير
لوظهر العيب
لو اشترط في الصلح وقف المال ٢٩١
كتاب الاقرار
لا بد في الوكالة من الإيجاب
والقبول
تصح الهبة في الأعيان
في الهبة المشروط يجب العمل
بالشرط
الوصية العهدية لا تحتاج إلى القبول
القبول ٣٢٥
. تضييق الواجبات الموسعة ٣٢٨
تتحقق الوصية بكل ما يدل عليها ٣٣٠

هل يجوز جعل الخيار فيها ٢٧٢
لو أدى المحيل نفسه الدين ٢٧٢
إذا تبرع اجنبي بالاداء
إذا اختلف المحيل والمحال
عليهعليه
تصح الحوالة بمال الكتابة
إذا اختلف المحيل والمحال في
كيفية العقد
تفسير الكفالة
شرائط الكفيل
تصح الكفالة بإحضار المكفول ٢٧٨
إذا كان المال ثابتاً في الذمة ٢٧٨
الكفالة عقد لازم
الكفالة عقد لازم
يجب على الكفيل التوسل بكل
وسيلة
يجب على الكفيل التوسل بكل وسيلة إذا كان المكفول غائباً احتاج حمله
إلى مؤنة
إذا نقل المفكول له حقه
إذا اخرج احد من يد الغريم مديونه
نهرأ۲۸۰
ينحل عقد الكفالة بأمور
تعريف عقد الصلح
الصلح عقد مستقل
إذا تعلق الصلح بعين أو منفعة ٢٨٣
ء
جريان الفضولي في الصلح ٢٨٤
بريان في سيا

يحسب من التركة ما يملكه بعد
يحسب من التركة ما يملكه بعد الموت
الإحتساب من الثلث بعد وفاء
الإحتساب من الثلث بعد وفاء الدين
و إذا كان عليه دين فابرأه الدائن ٣٦٦
لا بد في اجازة الوارث من امضاء
لا بد في اجازة الوارث من امضاء الوصية
إذا عين الموصى ثلثه في عين
مخصوصة٣٦٧
المواجبات المالية تخرج من
الوصية
إذا تلف من التركة شيء بعد الموت
الموت١
الحج الواجب بالإستطاعة من قبيل
الدين
إذا اوصى بوصايا متضادة ۳۷۰
المراد من الوصية التبرعية ٣٧٧
إذا ارصى بثلثه لزيد دون تعيينه ٣٧٧
ء
معيناً
لا تصح الوصية في المعصية ٣٧٩
إذا اوصى بحرمان بعض الورثة ٣٧٩
ا فا اوصى بمال زيد بعد وفاة نفسه ٣٨٠
:
إذا دفع مالا إلى آخر واوصى ولم يعلم مقدار
يعم عصر إذا أوصى وتردد بين الأقل والأكثر ٣٨١
إذا الوطني وتردوبين اد من واد عنو ١٠٨٠ في أحكام الموصي له وشرائطه ٣٨٢
في الحكام الموطني به وسرائفه ١٠٠١

هل الرد مبطل
لو اوصى له بأمرين فقبل احدهما
لو اوصى له بأمرين فقبل احدهما وردالآخر
لا يجوز للورثة التصرف في التركة
قبل انفاذ الوصية
إذا مات الموصي له قبل قبوله ٣٣٤
يتلقى من الوارث المال الموصي بهبه ۳۳۷
به ۲۳۷
إذا اوصى إلى احد أن يعطي بعض تركته ٣٣٨
تركته
شرائط الموصي
إذا اوصى قبل أن يحدث
الوصبة بالولاية ٣٤٩
وظيفة الحاكم
جواز جعل الولاية لاثنين ٢٥٦
إذا قال الموصى لشخص انت ولي
وقيم على اولادي
يجوز للقيم اخذ الاجرة
في شرط الموصي به
إذا اوصى لزيد بالخمر القابلة
للتخليل التخليل
يشترط في الموصي به أن لا يكون
ازيد من النُّلث
لا إشكال في الأجزاء بعد الوفاة ٣٦١
إذا اوصى بعين معينة أو بمقدار
کلیکلی

الوصية جائزة من طرف الموصي ٤١٦
بماذا يتحقق الرجوع عن الوصية ١٨
لا يعتبر في وجوب العمل بالوصية
مرور مدة ١٩٤
إذا قبال إذ امت في هذا السفر
فوصيي فلانفوصيي فلان
يجوز للوصي أخذ الأجرة ٢٠
بماذا تثبت الوصية التمليكية ٢٢٦
في منجزات المريض
إذا قال هذا وقف بعد وفاتي ٢٣٥
كتاب الوقف ٢٣٦
بماذا يتحقق الوقف ٤٣٧
انواع الوقف
لا يشترط في الوقف القبول ٤٤١
لا تشترط القربة في الوقف ٤٤١
يشترط في الوقف القبض ٤٤٥
بماذا يتحقق القبض٧٤٤
إذا وقف على أولاده الصغار ٤٤٧
في فروع القبض
الوقوف المتعارفة عند الأعراب ٤٥٠
الوقف على المنقرض ٤٥٢
إذا شرط عود الوقف إليه ٤٥٤
إذا قال هذا وقف بعد وفاتي ٥٥٤
لا يجوز الوقف على النفس 800
إذا وقف على أولاده واشترط اداء
ديونه٧٥٤

الأظهر صحة الوصية العهدية
للمعدوم ٣٨٢
يجوز للموصى ان يعين شخصاً
لتنفيُّذ رصايًّاه
يشترط في الوصي امور ٣٩١
لا تشترط العدالة في الوصي ٣٩٧
إذا ارتد الوصى
إذا ارتد الوصي
ء عن الروصية إلى المرأة مع
الكراهة
إذا اوصى إلى الصبي والبالغ ٢٠٤
عبران الوصاية إلى اثنين أو أكثر ٤٠٢
إذا قال زيد وصي فإن مات فعمرو ٤٠٤
و ما الوصاية إلى اثنين
إذا عجز الوصي عن تنفيذ الوصية ٤٠٦
اذا مات الوصر
الوصي امين لا يضمن
إذا عين الموصي للوصي عملا
إدا عين المتوطي عنوطي عمار خاصاً
خاصاً ٤٠٨ إذا قال انت وصيي ولم يعين ٤٠٩
والمان وصبي رسم يابي المستندمة الماد الا يجوز للموصي إليه أن يرد
د يجور مستوسي إيه ال يترد الوصية
اوصي النصي ان تفويض الأمر إذا رأى الوصي ان تفويض الأمر
إدا رابي الوطبي ان تعويض الوالمر إلى شخص أصلح
_
إذا بطلت الوصاية لفوات شرطها. ٤١٢ وذات السنطان السنطية
إذا نسي الوصي مصرف المال ١٣ ٤
بجوز للموصى جعل الناظر ١٥٤

علماء الشريعة
إذا وقف على مسجد أو مشهد ٤٨١
إذا وقف على الحسين عليه السلام ٤٨٢
إذا وقف على ميت
إذا وقف على النبي
إذا وقف على أولاده
إذا قال هذا وقف على أولادي ٤٨٣
إذا وقف على سكنى أولادي ٤٨٤
إذا قال هذا وقف على الذكور من
أولادي
إذا قال هذا وقف على أولادي ثم
أولاد أولاديأكلاد إذا وقف على زيد والفقراء ٤٨٨
إذا وقف على زيد والفقراء ٤٨٨
إذا وقف على الزوار ٤٨٨
5AA
العين الموقوفة تخرج عن ملك الواقف
الواقف ٤٩٠
إذا اشتـرط شرطاً في الموقوف
عليه عليه
إذا احتاج الوقف على التعمير ٤٩٣
الثمر الموجود على النخل حين
الوقف ٤٩٤
إذا وقـف علـي مصلحـة فبطـل
الوقف
إذا آجـر العين الموقوفة البطن
الأول183
إذا كانت للعين الموقوفة منافع